Geschäftspassiven bei Unternehmensveräußerung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
an der Universität Rostock

vorgelegt von

Walter Friedrich
Referendar in Berlin

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1934

Meinem Vater gewidmet!

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1934

Referent: Professor Dr. Hallstein

Inhalt.

Seite

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis 4

Einleitung 7

A. **Die Stellung des Erwerbers zu den Geschäftspassiven** . . . 9

I. Das Verhältnis zum Veräußerer 10

II. Das Verhältnis zu den Geschäftsgläubigern 12

1. Die Firma wird fortgeführt 12

a) Das Erfordernis der Firmenfortführung 12

b) Die Haftung des Erwerbers auf Grund des § 25 I HGB. und der Ausschluß dieser Haftung . . . 15

c) Die gesamtschuldnerische Natur der Haftung des Erwerbers und des Veräußerers 16

d) Die Einwendungen des Erwerbers aus dem zugrundeliegenden Erwerbsgeschäft 18

2. Die Firma wird nicht fortgeführt 22

a) Die Haftung aus besonderem Verpflichtungsgrunde 22

b) Die Anwendbarkeit des § 419 BGB. 24

3. Die Geschäftsverbindlichkeiten, für die der Erwerber haftet 29

B. **Die Forthaftung des Veräußerers und ihre Grenzen** . . . 32

I. Die Forthaftung des Veräußerers 32

II. Die Beendigung der Haftung des Veräußerers . . . 33

1. Enthaftung des Veräußerers durch Kreditgewährung . 34

2. Die Grenzen der Haftung des Veräußerers bei Wiederkehrschuldverhältnissen 40

a) Sukzessivlieferungs- und ähnliche Verträge . . . 40

b) Miet- und Pachtverträge 45

c) Kreditverträge 46

3. Abgekürzte Verjährungszeit zugunsten des Veräußerers 47

Schlußwort 49

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis.

Adler: Passiven-Übergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts. ArchBürg R. Band 3. Berlin 1890.

ArchBürgR.: Archiv für Bürgerliches Recht.

Beyersdorff: Die Übernahme eines Vermögens nach bürgerlichem Recht. Diss. Göttingen 1911.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Brand: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Cohn: Die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen Handelsgesetzbuch in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 42. Berlin 1898.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage. Stuttgart 1930.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 9. Legislaturperiode. IV. Session, 1895/97. 6. Anlageband, Aktenstück Nr. 632 S. 3141 ff.

Domke: Die Veräußerung von Handelsgeschäften, Marburg 1922.

Dür.-Hach.: Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erläutert von Geiler, Hoeniger, Lehmann. Band I. 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus-Kipp-Wolff, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Julius v. Gierke: Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1933.

Otto v. Gierke: Deutsches Privatrecht. 3. Band, Schuldrecht. Mannheim und Leipzig 1917.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Isay: Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.

Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus-Kipp-Wolff. V. Band, Das Erbrecht, 8. Bearbeitung. Marburg 1930.

Könige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 3. Auflage. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Lehmann: Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen in Goldtschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Band 79, S. 57 ff. Berlin 1916.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage. Berlin 1914.

Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, Berlin 1931.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage. Berlin 1928.

Pisko: Das kaufmännische Unternehmen als Rechtsobjekt in Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band. Leipzig 1918.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band II, 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil, Berlin 1914. Bearbeitet von André, Brockmann, Flad, Greiff, Knoke, Kreß, Strecker, v. Unzener.
Band V. Erbrecht, 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1930. Bearbeitet von Brodmann, Busch, Ebbecke, Flad, Greiff, Gunkel, Knoke, Landois, Lobe, Oegg, Siber, Strecker, v. Unzener.

RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGRKomm.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Band: Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). Bearbeitet von Dr. Bessau, Dr. Oegg, Sayn, Michaelis.
V. Band: Erbrecht. 6. Auflage. Berlin und Leipzig 1928. Bearbeitet von Michaelis und Seyffarth.

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage. München und Berlin 1932.

ROHG.: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Rospatt: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für vertragliche Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft im Bankarchiv, Bd. 30 S. 305 ff. Berlin 1930.

SeuffArch.: Seufferts Archiv für Entscheidungen der Oberlandesgerichte in deutschen Staaten.

SeuffBl.: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow, Heinichen, 14. Auflage. Berlin und Leipzig 1932.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 1. Teil, 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1930.

Sternberg: Schutz der Gläubiger im Falle der Veräußerung eines Handelsgeschäfts durch den Schuldner. In „Die Wirtschaft und das Recht" 1929. S. 593 ff.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Leipzig 1910.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Band, 2. Auflage. Tübingen 1930.
WarnRG. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer.
Wolff: § 344 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1873 und seine Tragweite insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts in Goldtschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 47. Band, 1897.

Einleitung.

Ein kaufmännisches Unternehmen, ein Handelsgeschäft besteht nicht nur aus einer Reihe von Sachen und dinglichen Rechten — z. B. Hypotheken, Grundschulden, Urheberrechten usw. —, die das Betriebsvermögen bilden, sondern auch aus einer ganzen Reihe von Geschäftsbeziehungen: Vertragsverhältnissen, deren Partner der Inhaber des Unternehmens ist. Man kann sogar sagen, daß oft gerade in diesen Vertragsbeziehungen der Wert eines Unternehmens liegt. Bei der Veräußerung des Unternehmens tritt nun ein neuer Inhaber an die Stelle des alten. Ein kaufmännisches Unternehmen stellt, rein wirtschaftlich gesehen, keine tote Sache dar, sondern ist in seiner Vielseitigkeit der Zusammenballung von Sachen, Rechten, Beziehungen und Chancen, zusammengehalten durch die Persönlichkeit des Inhabers, einem lebenden Organismus vergleichbar; um lebensfähig zu bleiben, muß dieser Organismus möglichst ungehindert durch den Wechsel der Inhaberschaft weiter arbeiten. Es ist deshalb in der Regel wirtschaftlich unmöglich, bei der Veräußerung einen Einschnitt zu machen, alle laufenden Verträge zur Auflösung zu bringen und den Erwerber vollkommen neu beginnen zu lassen. Eine solche Liquidation hätte den Tod des Unternehmens zur Folge; der Wert des Unternehmens, der meistens gerade in seinen Beziehungen liegt, die dem Betriebskapital erst Sinn und Ziel geben, würde damit zerstört werden. Die laufenden Geschäfte müssen deshalb dadurch von dem Erwerber übernommen werden, daß er, soweit als möglich, an die Stelle des Veräußerers tritt.

Für die Gläubiger des Unternehmens entsteht damit eine neue Lage: Jeder, der gegen einen Kaufmann, den Inhaber eines Unternehmens, eine Forderung hat — beruhe sie auf Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft oder Gesetz —, sieht seine Forderung mehr oder weniger gesichert durch zweierlei: die Persönlichkeit seines Schuldners und das hinter ihm stehende kaufmännische Unternehmen. Das Unternehmen mit den dazugehörigen Aktiven bietet dem Gläubiger Zugriffsmöglichkeiten für die zwangsweise

Durchsetzung seiner Ansprüche. Die Persönlichkeit des Inhabers bietet ihm Gewähr für die Erfüllung seiner Forderungen, sei es dadurch, daß der Inhaber als ehrbarer Kaufmann danach trachtet, seine Verpflichtungen zu erfüllen, sei es dadurch, daß er durch seine Tüchtigkeit das Unternehmen instandsetzt und -erhält, daraus die Erfüllung der Forderungen zu ermöglichen. Diese beiden Umstände sind für den Geschäftspartner stets als Kreditgrundlage mitbestimmend gewesen, mit dem Kaufmann in Geschäftsbeziehungen zu treten. Wenn nun der Kaufmann sein Geschäft veräußert, so werden diese beiden Sicherungen der Forderungen des Geschäftsgläubigers getrennt.

In dieser Lage muß nun der Gesetzgeber dem Gläubiger helfen. Andererseits darf aber auch nicht durch einen überspannten Gläubigerschutz die Veräußerung eines Geschäftes derart erschwert werden, daß ein Verkauf eines Geschäftes schließlich unmöglich gemacht wird. Dies sind die beiden Grundsätze, die den § 25 HGB., der die Erwerberhaftung regelt, beherrschen.

Der Grundgedanke der Erwerberhaftung ist der, daß zwar nach deutschrechtlicher Auffassung die Schulden nicht zum Vermögen gehören, daß sie aber bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts diesem folgen sollen; der Geschäftsinhaber soll nicht dadurch seine Gläubiger um ihre Forderungen bringen können, daß er sein Geschäft veräußert. Durch die Erwerberhaftung werden demnach den Geschäftsgläubigern die Aktiven des Unternehmens als Sicherung erhalten, da ihnen diese bei der persönlichen Haftung des Erwerbers Zugriffsmöglichkeiten bieten. Im übrigen haftet ihnen der Veräußerer für seine einmal eingegangenen Verbindlichkeiten unter allen Umständen fort.

Zwei Hauptfragen ergeben sich infolgedessen bei der Prüfung der Folgen der Unternehmensveräußerungen auf die Passiven des Geschäfts: Wann und inwieweit haftet der Erwerber für die bereits vorhandenen Geschäftsverbindlichkeiten? Wann und wofür haftet der Veräußerer weiter?

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Fälle des völligen Wechsels in der Inhaberschaft eines Unternehmens unter Lebenden. Die Fälle des Ausscheidens oder Neueintritts von Mitgliedern bei Handelsgesellschaften sind nicht mitbehandelt.

Die Arbeit gliedert sich entsprechend den beiden oben aufgeworfenen Fragen in zwei Hauptteile:

A. Die Stellung des Erwerbers zu den Geschäftspassiven,

B. die Forthaftung des Veräußerers und ihre Grenzen.

A. Die Stellung des Erwerbers zu den Geschäftspassiven.

Während es bei den Geschäftsforderungen möglich ist, durch Vertrag zwischen Unternehmensveräußerer und Erwerber ohne Beteiligung der Geschäftsschuldner einen vollkommenen Wechsel im Subjekt der Schuldverhältnisse durch Zession der Forderungen herbeizuführen, ist bei den Geschäftsschulden ein derartig vollkommener Wechsel ohne Mitwirkung der Geschäftsgläubiger nicht möglich. Soll der Geschäftserwerber an Stelle des Veräußerers Schuldner der alten Geschäftsverbindlichkeiten werden, so daß der Veräußerer aus diesen Rechtsverhältnissen vollkommen ausscheidet, so ist hierzu eine echte, also privative Schuldübernahme erforderlich; diese ist an die Voraussetzungen der §§ 414, 415 BGB. geknüpft. Sie kommt demnach zustande durch Vertrag zwischen dem Geschäftserwerber und dem Geschäftsgläubiger, oder durch Vertrag zwischen dem Geschäftsveräußerer und Geschäftserwerber und Genehmigung seitens des Geschäftsgläubigers. Hierdurch tritt der Erwerber an die Stelle des alten Schuldners, des Veräußerers und hat dann die gleichen Einwendungen, die dem Veräußerer zustanden. Solange die Genehmigung des Gläubigers noch nicht erteilt ist, oder wenn sie verweigert wird, ist nach § 415 III BGB. der Erwerber dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen.

Eine derartige echte Schuldübernahme schafft klare Rechtsverhältnisse und bietet rechtlich keine Schwierigkeiten. Da die privative Schuldübernahme für jede einzelne Verbindlichkeit gesondert vorgenommen werden muß, da außerdem die Genehmigung des Gläubigers meist schwer oder garnicht zu erlangen sein wird, kommt sie in der Praxis der Unternehmensveräußerung nur selten vor. Sie wird darum bei den folgenden Betrachtungen nur ausnahmsweise besprochen werden.

Bei der Stellung des Erwerbers zu den Geschäftsverbindlichkeiten ist zweierlei zu unterscheiden und streng von einander zu trennen:

1. Das Verhältnis zum Veräußerer.
2. Das Verhältnis zu den Geschäftsgläubigern; und hierbei wiederum die beiden Fälle:
   a) die Firma wird fortgeführt;
   b) die Firma wird nicht fortgeführt.

I. Das Verhältnis zum Veräußerer.

In der Regel wird ein Unternehmen mit Aktiven und Passiven veräußert. Ob der Erwerber dem Veräußerer gegenüber die Passiven übernimmt, d. h. ob er sich diesem gegenüber verpflichtet, die Geschäftsgläubiger zu befriedigen, hängt vom Willen der Parteien ab. Im Gesetz ist die Frage, ob der Erwerber dem Veräußerer gegenüber verpflichtet ist, die Geschäftsgläubiger zu befriedigen, nicht geregelt. Der § 25 HGB. behandelt nur das hiervon streng zu scheidende Verhältnis zwischen Erwerber und Geschäftsgläubigern. Aus dem Vertrage, der der Unternehmensveräußerung zugrunde liegt, ist zu entnehmen, ob Uebernahme der Passiven, also Erfüllungsübernahme zwischen Erwerber und Veräußerer vereinbart ist oder nicht. Ueber die echte Schuldübernahme ist oben bereits das Erforderliche gesagt. In der Regel wird aus dem Vertrage klar ersichtlich sein, ob die Parteien einen Uebergang der Passiven gewollt haben oder nicht. Ist dies nicht klar zu erkennen, so ist durch Vertragsauslegung der wahre Parteiwille zu erforschen.

Unabhängig davon, ob der Erwerber für die Geschäftsschulden haftet oder nicht, können Erwerber und Veräußerer im Vertrage vereinbaren, daß der Erwerber die Passiven nicht, das er einzelne Passiven übernehme, daß einzelne Passiven ausgeschlossen seien, schließlich, daß er sämtliche Passiven übernehme.

In der Uebernahme des Geschäfts kann eine Uebernahme der Passiven liegen, und im Zweifel liegt sie dann vor, wenn das Geschäft mit unverminderter Firma, sowie wenn die Handelsbücher weitergeführt werden[1]). Bei alledem kann es sich jedoch immer nur um Auslegungsfragen handeln. Maßgebend im Verhältnis von Veräußerer und Erwerber zueinander bleibt der Vertrag. Es kann Passivenübernahme vereinbart sein, ohne daß der Erwerber haftet, es kann Passivenübernahme ausgeschlossen sein und der Erwerber den Gläubigern trotzdem haften.

---

1) Staub, § 22 Anm. 29; Bolze, 17 Nr. 318.

Geschäftspassiven sind „alle die Verbindlichkeiten, die zu dem Geschäftsbetriebe in einem solchen engen inneren Verhältnis stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen[2])". Nicht zu den Geschäftsschulden gehören die Privatschulden. Näheres über den Begriff der „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" s. u. S. 29. Ob die Geschäftsschulden zur Zeit der Geschäftsübernahme fällig oder betagt, bedingt oder unbedingt sind, ist gleichgültig[3]). Der Vertragswille muß bei Uebernahme der Passiven dahin ausgelegt werden, daß alle Verbindlichkeiten übergehen, die nicht ausdrücklich ausgenommen sind; denn Gegenstand des Vertrages ist die Summe der zu dem Geschäft gehörenden Rechte und Verbindlichkeiten[4]). Hier beim Verhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer muß allerdings — anders als zwischen Erwerber und Geschäftsgläubigern — angenommen werden, daß nur die Schulden übernommen werden, die der Erwerber kannte oder kennen mußte; denn sonst kann nicht angenommen werden, daß er sie übernehmen wollte[5]).

Lehmann-Ring[6]) bestreiten, daß mangels besonderer Vereinbarung der Erwerber stets sämtliche Passiven übernehme, soweit er sie kannte oder kennen mußte; das Verhältnis sei stets besonders zu untersuchen. Dieser letzte Satz zeigt, daß Lehmann-Ring auch nichts anderes meinen, als die von ihnen angegriffenen Verfasser. Selbstverständlich muß jeder Fall besonders untersucht werden. Erst wenn diese Untersuchung nichts ergibt, liegt der Zweifelsfall vor, der nicht anders entschieden werden kann, als daß alle die Schulden übergehen, die nicht ausgenommen sind und die der Erwerber kannte oder kennen mußte.

Die Vermutung des § 344 HGB. über den Umfang der Geschäftsverbindlichkeiten gilt nicht im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber[7]). § 344 gilt nur für das Verhältnis zum

---

2) RG. 15, 54.

3) ROHG. VIII, 385.

4) Staub, § 22, Anm. 29; Isay, Recht am Unternehmen, S. 146; RG. 46, 268; Dür.-Hach. § 25 Anm. 11.

5) So auch Ritter, § 25, 2b; Domke, S. 58; Adler, S. 22; Julius v. Gierke, S. 90.

6) § 25 Nr. 3.

7) Ritter, § 25, 2b; Dür.-Hach., § 25 Anm. 12; a. M. Staub, § 22 Anm. 29 unter Berufung auf RG. 102, 245. Die angezogene Entscheidung hat jedoch nur das Verhältnis zwischen Erwerber und Geschäftsgläubiger im Augen. — Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns.

Gläubiger. Die Vermutung des § 344 I bedeutet nur, daß im Verhältnis zum Vertragsgegner die Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns als Handelsgeschäfte gelten. Dies folgt auch schon aus der Stellung der Vorschrift. Es entscheidet hier der Charakter der Verbindlichkeit. Ein wichtiger Fingerzeig dafür, ob es sich um Geschäfts- oder Privatschulden handelt, ist die Eintragung in die Handelsbücher.

Hat der Erwerber die Passiven übernommen, so ist er, unabhängig davon, ob er den Gläubigern haftet oder nicht, dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, die Geschäftsgläubiger für ihre im Geschäft begründeten Forderungen rechtzeitig und ordnungsmäßig zu befriedigen.

Ist der Veräußerer auf Grund seiner Forthaftung vom Gläubiger in Anspruch genommen, so kann er vom Erwerber, wenn dieser die Passiven übernommen hat, Ausgleichung verlangen. Das gleiche Recht steht dem Erwerber gegenüber dem Veräußerer zu, wenn er auf Grund seiner Haftung vom Gläubiger in Anspruch genommen ist, ohne daß er die Passiven übernommen hat, oder wenn er zwar die Passiven an sich übernommen hat, aber auf Grund der Haftung für Schulden in Anspruch genommen ist, die er bei Uebernahme des Unternehmens weder kannte noch kennen mußte, die er also auch nicht mitübernommen hat.

II. Das Verhältnis zu den Geschäftsgläubigern.

1. Die Firma wird fortgeführt.

a) Das Erfordernis der Firmenfortführung.

Die Voraussetzung des § 25 I HGB. ist, daß das Handelsgeschäft „unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt wird". Ob die „bisherige Firma" fortgeführt wird, ist nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden; geringfügige, nicht sonderlich auffallende Aenderungen reichen jedenfalls nicht aus, um die Haftung auf Grund des § 25 I abzulehnen.

Das Reichsgericht vertrat früher eine streng formalistische Auffassung. In RG. 50, 116 wird die Fortführung der Firma verneint in einem Falle, in dem der Erwerber die alte Firma „Joh. Strobl & Sohn, Pflasterer und Straßenbaugeschäft" nach dem Erwerb eines weiteren Unternehmens nunmehr als „Joh. Strobl & Sohn und Martin Essig (Inh. Karl Ellersdorfer)" fort-

führte und gesagt: „Die Voraussetzung der Fortführung der Firma müsse als eine rein formale betrachtet werden[8]). In der neueren Rechtsprechung hat das Reichsgericht auf wort- und buchstabengetreue Gleichheit von alter und neuer Firma verzichtet und es darauf abgestellt, ob nach der Auffassung des Verkehrs die alte Firma fortgeführt werde. Während das Reichsgericht in der erstzitierten Entscheidung einen allzu formalen Standpunkt eingenommen hatte, hat es in der Entscheidung in DJZ. 1915 S. 1029 eine sehr freie Auffassung vertreten. Die alte Firma „Gebr. S., Holzwarenfabrik zu A." wurde vom Erwerber fortgeführt unter der neuen Firma „Holzwarenfabrik A., früher Gebr. S., G. m. b. H." Das Reichsgericht hat hier angenommen, daß sich die alte Firma in der neuen mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze wiederfinde. Durch diese Entscheidung wird den Bedürfnissen des Verkehrs weitestgehend Rechnung getragen.

In einer Reihe von Entscheidungen[9]) hat das Reichsgericht ausgesprochen, die Firmenfortführung werde nicht durch Hinzufügen eines Zusatzes ausgeschlossen, der auf eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft, eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung hindeute, da diese Zusätze gesetzlich vorgeschrieben seien. Allerdings stehe es in dem umgekehrten Falle, daß ein Einzelkaufmann das Geschäft einer Handelsgesellschaft übernehme, diesem trotz des Verbots der Verwendung täuschender Zusätze — § 18 II HGB. — gemäß § 22 HGB. frei, die Handelsfirma fortzuführen, soweit sie nicht geradezu auf eine bestimmte Art der Gesellschaft hinweise[10]). Wenn er diesen Zusatz weglasse, liege eine willkürliche Aenderung der Firma, mithin keine Firmengleichheit vor[11]).

Auch wenn eine an sich unzulässige oder ordnungswidrige Firma fortgeführt wird, ist § 25 I HGB. gegeben[12]). Auch

---

8) Seite 119.

9) RG. 113, 306; 127, 26; in J.W. 1931, 3076; RG. 133, 325; 135, 104.

10) Die Firma „Max Müller & Sohn" dürfte der Erwerber fortführen, da der auf ein Gesellschaftsverhältnis hindeutende Zusatz nicht auf eine bestimmte Art der Gesellschaft hinweist; die Firma „Max Müller G. m. b. H." dürfte der Erwerber dagegen nicht fortführen, da dieser Zusatz auf eine bestimmte Art der Gesellschaft hindeutet.

11) S. a. Dür.-Hach., § 22 Anm. 14.

12) RG. 113, 306: nicht ausgeschriebener Vorname des angegebenen Gesellschafters.

Bondi[13]) fordert wegen des gesetzgeberischen Grundes des § 25, Schutzes der Gläubiger, freie Auslegung des Begriffes der Firmengleichheit. Gleichgültig ist dabei, ob der Wechsel der Firma eingetragen war oder nicht, ob überhaupt die Firma eingetragen war[14]). Es ist nur erforderlich, daß die Firma fortgeführt wird, und zwar muß diese Fortführung der Firma auf die Dauer gerichtet sein[15]). Das vorübergehende Belassen des alten Geschäftsschildes, die einstweilige Benutzung von Rechnungsvordrucken oder Verpackungsmaterial mit dem Aufdruck der alten Firma stellen noch kein Fortführen der Firma dar[16]). Das Fortführen einer bloßen Geschäftsbezeichnung, des Etablissementsnamens genügt nicht, wie z. B. Fünfzigpfennigbazar, der blaue Laden; Gasthofsbezeichnungen wie „Wilder Eber", „Vier Jahreszeiten", „Goldenes Dachel" usw. Diese Geschäftsbezeichnungen sind keine Firmen und genießen auch nicht den Schutz des Firmenrechts.

An sich setzen diese Vorschriften des Firmenrechts Vollkaufmannseigenschaft voraus. Die Vorschriften des Firmenrechts finden keine Anwendung auf den Minderkaufmann, da dieser keine Firma hat. Ist jedoch sein Name als Firma im Handelsregister eingetragen, so ist er Kaufmann und es findet auf ihn gemäß § 5 HGB. auch der § 25 Anwendung.

Für die Haftung des Erwerbers ist es gleichgültig, ob er die Firma mit oder ohne Genehmigung des Veräußerers oder seiner Erben fortführt. Dies folgt aus § 25 I S. 2, der die Fiktion des Forderungsüberganges auf den Erwerber von der Genehmigung des Veräußerers oder seiner Erben abhängig macht. Beim Forderungsübergang bezweckt diese Vorschrift den Schutz des Veräußerers; im vorliegenden Falle, bei der Haftung des Erwerbers, ist nicht Schutz des Veräußerers, sondern Schutz des Gläubigers gesetzgeberischer Grund.

Weitere Voraussetzung des § 25 I HGB. ist, daß das Geschäft fortgeführt wird. Wer ein Geschäft aus Konkurrenzgründen aufkauft, um es dann sofort eingehen zu lassen, führt es nicht fort. Allerdings wird es hierbei auch meistens an dem Fortführen der Firma fehlen.

---

13) J.W. 1926, 1958.
14) Lehmann-Ring, § 25 Nr. 8.
15) Staub, § 25 Anm. 4.
16) Bode, über die Fortführung einer Firma in D.J.Z. 1907, 823; RG. 73, 71.

b) Die Haftung des Erwerbers auf Grund des § 25 I HGB. und der Ausschluß dieser Haftung.

Liegt die Voraussetzung der Fortführung eines „unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma" vor, so haftet der Erwerber „für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" gemäß § 25 I HGB. Diese Vorschrift entspricht früherem Handelsgewohnheitsrecht [17]). Die Haftung des Erwerbers tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Annahme des Erwerbers oder des Gläubigers bedürfte [18]); der Erwerber haftet unabhängig von dem Inhalt des Uebernahmevertrages, also ohne Rücksicht darauf, ob er die Schulden im Vertrage mit dem Veräußerer übernommen hat oder nicht. Wollen Veräußerer und Erwerber den Uebergang der Haftung für die Passiven ausschließen, so liegt eine von der Norm des § 25 I HGB. abweichende Vereinbarung vor. Eine abweichende Vereinbarung kann auch darin bestehen, daß die Haftung für bestimmte Schulden nicht oder nur die Haftung für bestimmte Schulden den Erwerber treffen soll [19]). Eine solche „abweichende Vereinbarung" hat gemäß § 25 II den Gläubigern gegenüber nur Wirksamkeit, wenn und soweit sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, oder von dem Erwerber oder von dem Veräußerer den Gläubigern in handelsüblicher Weise mitgeteilt ist. Die Eintragung in das Handelsregister muß unverzüglich erfolgen. Daß die Eintragung im Augenblicke der Uebernahme stattfindet, ist praktisch nicht durchführbar. Jedoch ist zu verlangen, daß dann, wenn die Uebernahme des Geschäfts nach außen in Erscheinung tritt, auch die Eintragung bewirkt wird, daß die Eintragung zugleich mit der Eintragung des Uebergangs der Firma unmittelbar auf die Uebernahme und Fortführung des Geschäfts folgt [20]). Bevor das Geschäft betrieben wird, ist auch eine Eintragung nicht möglich. Die Bekanntmachung der Eintragung muß in der dem ordentlichen Geschäftsgang entsprechenden Zeit erfolgen [21]). Das gleiche gilt auch für die Mitteilung an die Gläubiger. Wird nur die Haftung für einen bestimmten Teil der Passiven vom Erwerber übernommen, oder die Haftung für einen bestimm-

17) Staub, Einleitung § 25; RG. 17, 98.
18) RG. in J.W. 99, 440 [25].
19) Staub, § 25 Anm. 20.
20) Staub, § 25 Anm. 8.
21) Wolff, Der § 344 Abs. II S. 261; RG. in Seuff. Arch. 59 Nr. 108.

ten Teil der Schulden nicht übernommen, so muß die Eintragung dieser abweichenden Vereinbarung oder die Mitteilung hiervon an die Gläubiger so deutlich sein, daß jeder Gläubiger sofort klar erkennen kann, ob der Erwerber für seine Forderung haftet oder nicht[22]).

Inhaltlich übereinstimmend mit dem hier Vorgetragenen hat das Kammergericht[23]) verlangt, daß die Eintragung ins Handelsregister oder die Mitteilung an die Gläubiger erfolgen müsse, „solange der Verkehr nicht davon ausgehen kann, daß die Rechtsverhältnisse, unter welchen die Fortführung der Firma erfolgen sollte, als endgültig und feststehend zu betrachten sind".

Abgesehen von dem eben behandelten Fall des § 25 II haftet der Erwerber für alle Verbindlichkeiten des früheren Inhabers aus dem Geschäft ohne Rücksicht darauf, ob er sie kannte oder sie kennen mußte. Ueber den Umfang der „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" siehe unten. Hier gilt jedoch, anders als im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, die Vermutung des § 344 HGB.

Nur wenn eine echte Schuldübernahme nach den §§ 414, 415 BGB. vorliegt, wird der Veräußerer frei, andernfalls bleibt er Schuldner und haftet demgemäß weiter.

c) Die gesamtschuldnerische Natur der Haftung des Erwerbers und des Veräußerers.

Da der Erwerber in der Regel neben den Veräußerer tritt und neben diesem haftet, so haften beide als Gesamtschuldner für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des Veräußerers. Daß hier ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, wird allgemein angenommen[24]). Auch das Reichsgericht verwendet durchgehend den Ausdruck Gesamtschuldner. Nur Staub[25]) verneint das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses. Er sagt, es liege nur eine Mithaftung, eine kumulative Haftungsübernahme von Gesetzes wegen vor. Er begründet dies mit dem Sprachgebrauch des Gesetzgebers, der stets ausdrücklich sage, wo ein Gesamtschuld-

22) RG. in J.W. 1911, 660[40].

23) In D.J.Z. 1906, 86.

24) Siehe u. a. Dür.-Hach., § 25 Anm. 20; Brand, § 25 A II b; Neufeld-Schwarz, § 25 Anm. 11; Cosack, § 36, II 3a; Reichel, S. 101.

25) § 25 Anm. 9.

verhältnis begründet werde. Staub kommt jedoch praktisch zum gleichen Ergebnis, indem er die Vorschriften über die Gesamtschuld entsprechend anwendet. Er sagt übrigens in § 26 Anm. 1: „Allein, wer dem einen von zwei Gesamtschuldnern Stundung gewährt, gibt dadurch den Anspruch gegen den anderen nicht auf." Er wendet also den von ihm bekämpften Begriff im gleichen Zusammenhang an anderer Stelle selbst an.

Die Haftung von Erwerber und Veräußerer stellt sich demnach als Gesamtschuldverhältnis dar. Hieraus folgt die Anwendbarkeit der §§ 421—425 BGB. Nur Erfüllung, Aufrechnung, Leistung an Erfüllungsstatt und Hinterlegung wirken in der Person eines Gesamtschuldners auch für den anderen. Erlaß gegenüber dem einen Schuldner wirkt nur dann für den anderen, wenn das ganze Schuldverhältnis aufgehoben werden sollte. Gläubigerverzug wirkt gegenüber beiden Gesamtschuldnern. Alle übrigen Tatsachen, wie z. B. Stundung, Kündigung, Verjährung wirken nur für und gegen den Schuldner, in dessen Person sie eintreten. Der Erwerber hat alle die Einreden, die dem Veräußerer vor der Veräußerung zustanden. War die Schuld vor der Uebernahme des Geschäfts verjährt oder gestundet, so kann auch der Erwerber dies dem Gläubiger entgegenhalten. Die Verjährungsfrist, die bereits für den Veräußerer lief, setzt sich auch für den Erwerber fort[26]). Das Reichsgericht hat dieses gesamtschuldnerische Wesen der Haftung des Erwerbers in der oben zitierten Entscheidung besonders klar herausgearbeitet: der Erwerber „wird Träger einer selbständigen Schuld, die nur den gleichen Inhalt und die gleiche Beschaffenheit wie die Schuld des anderen hat, die aber ihre eigenen Schicksale erfahren kann. ... Sie tritt daher mit dem gleichen Inhalt und der gleichen Beschaffenheit ins Leben, welche die andere Schuld zu diesem Zeitpunkt besitzt. War die andere Schuld nach ihrer Entstehung gestundet oder verjährt, so ist die neu hinzutretende Schuld gleichfalls gestundet oder verjährt. Das führt aber folgerichtig dazu, daß sich die Verjährung, welche für die andere Schuld bereits begonnen hatte, auch für die neue Schuld fortsetzt."

Mit einer Forderung, die dem Veräußerer zusteht, darf der Erwerber nicht aufrechnen. Mit eigenen Forderungen oder mit zedierten Forderungen des Veräußerers kann und darf er aufrechnen.

---

26) RG. 135, 104.

Streit besteht nun über die wichtige Frage, welche Einwendungen dem Erwerber aus dem zugrundeliegenden Erwerbsgeschäft zustehen.

d) Die Einwendungen des Erwerbers aus dem zugrundeliegenden Erwerbsgeschäft.

Kann der Erwerber sich dem Geschäftsgläubiger gegenüber darauf berufen, daß der Erwerb des Geschäftes nichtig oder mit Erfolg angefochten ist? —

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welches der Rechtsgrund der Haftung auf Grund des § 25 I HGB. ist. Die Denkschrift hat durch ihre Begründung zum § 25 große Verwirrung angerichtet[27]). „Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigentümerin des Handlungsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings rechtlich nicht zutreffend; nichtsdestoweniger erscheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, in Bezug auf die Frage des Ueberganges der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatze fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers soweit als möglich einzutreten."

Pisko[28]) weist mit Recht darauf hin, daß hier zwei ganz verschiedene Begründungen der Haftung des Erwerbers, einmal die rechtsirrige Verkehrsauffung von der Firma als Rechtssubjekt und dann der durch die Firmenfortführung erklärte Wille des Erwerbers, in die Rechtsbeziehungen des Veräußerers soweit als möglich einzutreten, in unlogischer Weise durch ein „denn" verbunden werden, so daß der Wille des Gesetzgebers dadurch alles andere als verdeutlicht wird. Weiter weist Pisko darauf hin, daß die Auffassung, ein auf Begründung der Haftung gerichteter Willensakt des Erwerbers sei Rechtsgrund der Haftung, im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat; denn anderenfalls müßte diese Willenserklärung, haften zu wollen, zumindest durch die öffentliche Erklärung, nicht haften zu wollen, aufgehoben werden, und damit die Haftung ausgeschlossen werden können.

---

27) Denkschrift S. 3158.
28) Seite 255.

In Wahrheit ist jedoch die Haftung eine unmittelbare Folge, die das Gesetz an die Tatsache der Fortführung eines erworbenen Handelsgeschäfts mit der bisherigen Firma knüpft, ohne daß es zur Wirksamkeit dieser Haftung irgendeiner Willenserklärung des Erwerbers bedürfte [29]).

Diese zwiespältige Begründung, die die Denkschrift gibt, zeigt sich denn auch in der gesamten Literatur und Rechtsprechung zu der Frage, welche Wirkung die Nichtigkeit oder erfolgte Anfechtung auf die Haftung des Erwerbers hat.

Das Reichsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen [30]), die sich mit dem Falle des Eintritts eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes befassen, die Nichtigkeit des kausalen Vertrages für unerheblich erklärt; denn in der Anmeldung zum Handelsregister und der Bekanntmachung liege eine öffentlich abgegebene Verpflichtungserklärung des eintretenden Gesellschafters. Diese Verpflichtungserklärung sei unabhängig von dem zugrundeliegenden Vertrage und werde durch dessen Nichtigkeit nicht berührt. Hierin zeigt sich die Ansicht, daß die Haftung auf einem Willensakte des Erwerbers beruhe oder jedenfalls auch beruhen könne. Den gleichen Standpunkt vertritt auch Ritter [31]), der zwar einen rechtswirksamen Erwerb verlangt, aber in der Fortführung des Geschäfts mit Firma eine selbständige Erklärung des Erwerbers, haften zu wollen, erblickt; wenn diese Erklärung nicht selbst unwirksam sei, so verpflichtete sie den Erwerber. Ebenso behaupten Neufeld-Schwarz [32]), bei nichtigem oder mit Erfolg angefochtenem Erwerbsgeschäft liege zwar der § 25 I HGB. nicht vor, aber der Erwerber hafte, weil er die Erklärung, haften zu wollen, abgegeben habe. Auch Brand [33]) nimmt diesen Standpunkt ein, daß der Erwerber trotz nichtigen Erwerbsgeschäftes hafte, wenn sein Wille zum Fortführen des Geschäfts mit Firma unzweifelhaft nach außen zutage getreten sei; und das sei bei Eintragung und Bekanntmachung der Fall.

Einen etwas anderen Weg geht Staub [34]). Aber auch er geht wieder von der „Willenserklärung des Erwerbers" aus. In

---

29) So auch Dür.-Hach., § 25 Anm. 19b, aa.
30) 76, 439; 89, 98; 93, 229.
31) § 25 Nr. 3.
32) § 25 Anm. 6.
33) § 25 Nr. 3 Abs. 5.
34) § 25 Anm. 10.

der Tatsache der Fortführung eines Erwerbsgeschäfts mit Firma erblickt Staub eine der Oeffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung, an die das Gesetz die Passivenhaftung knüpfe. Er entwickelt dann diese Anschauung von der Willenserklärung folgerichtig dahin, daß er die Anfechtung den Gläubigern gegenüber, die den Grund der Anfechtung kannten oder kennen mußten, wirksam werden läßt, und außerdem den § 417 II BGB., der bei den Vorschriften der vertraglichen Schuldübernahme steht, anwendet. Aber er läßt hier auch den Einwand der Ungültigkeit des Vertrages nicht zu.

Lehmann-Ring[35]) erklären Einreden aus dem Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber für ausgeschlossen, Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen für gestattet und auch Nichtigkeit nur den Gläubigern gegenüber für wirksam, die den Grund der Nichtigkeit kannten oder kennen mußten.

Mehr oder weniger sind also alle eben geschilderten Auffassungen der vom Reichsgericht vertretenen gefolgt, wenn nicht in der Begründung, so doch wenigstens im Ergebnis, das praktisch darauf hinausläuft, daß auch jeder nichtige Erwerb die Haftung begründet, es sei denn, der Erwerber war nicht voll geschäftsfähig, da dann ja seine „Willenserklärung" nicht wirksam ist.

Wie bereits oben gesagt, ergibt die Auslegung des § 25 I HGB. als Rechtsgrund der Haftung nur: die Tatsache der Fortführung eines unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäfts unter Beibehaltung der Firma. Ist das Erwerbsgeschäft nichtig, so ist das Handelsgeschäft nicht erworben und der § 25 I ist unanwendbar; selbstverständlich ist hierbei, daß ein durch Erfüllung geheilter Veräußerungsvorvertrag, der aus irgendeinem Grunde nichtig war, den Erwerb nicht nichtig macht. Ebenso ist es, wenn das Erwerbsgeschäft mit Erfolg angefochten ist. Auch dann ist das Handelsgeschäft nicht „erworben". Dies erkennen auch Brand, Ritter und Neufeld-Schwarz an, daß ein rechtswirksames Erwerbsgeschäft Voraussetzung des § 25 I ist; nur wollen sie in der Anmeldung zum Handelsregister oder im Fortführen des Geschäfts eine selbständige Haftungserklärung sehen. Da bei einem rechtsunwirksamen Erwerb das Unternehmen nicht „erworben" ist, kommt es auf die Kenntnis der Gläubiger von dem Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund nicht an. Es handelt sich ja bei dem Erwerb nicht um eine dem Gläubiger gegenüber abzugebende Willenserklärung. In der Fortführung des Handelsgeschäfts liegt

35) § 25 Nr. 8.

auch keine Willenserklärung. Die Fortführung des Handelsgeschäfts ist eine Handlung, aber keine Erklärung. Die Willenserklärung ist der Abschluß des Erwerbsgeschäfts und diese Willenserklärung kann selbstverständlich bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes dem Veräußerer gegenüber angefochten werden. Da es auf die Kenntnis der Gläubiger nicht ankommt, ist der § 142 II BGB. hier nicht anwendbar. Der Gesichtspunkt des Schutzes des Vertrauens der Gläubiger kommt hier nicht in Betracht. Denn die Gläubiger haben die Rechtsgeschäfte, aus denen sie ihre Forderungen herleiten, nicht auf Grund des Vertrauens in die Fortführung des erworbenen Geschäftes abgeschlossen, sondern vor dem Erwerb, also ohne an die Person des neuen Inhabers überhaupt zu denken[36]). Anders ist es bei der Fiktion des Forderungsüberganges auf den Erwerber; hier kommt es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Schuldner an, weil es sich hier um nach dem Erwerb im Vertrauen auf die Gültigkeit des Erwerbes und die damit erfolgte Zession der Forderungen vorgenommene Rechtsgeschäfte handelt. Es ist nicht der geringste Anlaß dafür vorhanden, in der Fortführung des Handelsgeschäfts eine konkludente Erklärung des Inhalts zu sehen, daß der Erwerber nun für alle alten Verbindlichkeiten haften wolle. Diese Folge tritt, wie oben gezeigt, ohne sein Zutun kraft Gesetzes ein. Daß er durch die Fortführung stillschweigend die Erklärung abgeben sollte: Ich will, auch wenn ich gesetzlich nicht verpflichtet sein sollte, trotzdem haften, würde heißen, den Willen des Erwerbers in sein Gegenteil umzudeuten. Die Haftung ist eine Last, die er nicht freiwillig auf sich nimmt, sondern die ihm das Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Willen, ja ohne Kenntnis von dem Umfang der Haftung auferlegt. Auch in der Anmeldung zum Handelsregister kann man eine derartige Verpflichtungserklärung nicht erblicken. Die Haftung des Erwerbers tritt ein, auch ohne daß der Uebergang des Geschäfts im Handelsregister eingetragen ist[37]); demnach ist diese Eintragung auch nicht imstande, rechtsbegründend das Fehlen einer Voraussetzung des § 25 I zu heilen. Es ist auch zu beachten, daß das Reichsgericht in den oben zitierten Entscheidungen nur einen ähnlichen Fall in dem Sinne entschieden hat, daß die Anmeldung zum Handelsregister eine öffentlich abgegebene Erklärung darstelle, kraft deren der Erklärende unbedingt hafte. Es handelte sich hier stets um den Fall des § 28 HGB. des Eintritts

36) Vgl. Pisko, S. 252 Anm. 11.
37) Dür.-Hach., § 25 Anm. 20.

eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns. Hier kann man eine Erklärung, eine Gesellschaft eingehen zu wollen, vielleicht in der Anmeldung zum Handelsregister sehen. Ob die Folgerungen, die das RG. daraus zieht, anzuerkennen sind, ist eine andere Frage, die hier nicht zu behandeln ist. Zu beachten bleibt nur, daß die Fälle des Reichsgerichts sich mit den hier behandelten nicht völlig decken, und daß das Reichsgericht mehr als einmal ähnliche, fast völlig gleichartige Fälle bewußt verschieden beurteilt hat.

Die hier vertretene Auffassung deckt sich auch durchaus mit dem Willen des Gesetzgebers. Nur dann, wenn das Unternehmen wirklich erworben ist, folgt bei Firmenfortführung die Haftung dem Unternehmen. Wird das Unternehmen nicht rechtsgültig erworben, so kann dem Erwerber nicht zugemutet werden, daß er hafte, ohne das Geschäft auch zu erhalten oder zu behalten. Dem Gläubiger geschieht auf diese Weise im allgemeinen kein Unrecht. Wenn der Veräußerer sein Unternehmen behält oder zurückbekommt, so liegt kein Anlaß vor, dem Gläubiger einen zweiten Schuldner zu geben. Er kann den Veräußerer in Anspruch nehmen und wenn der Erwerber das Geschäft noch besitzt, die Herausgabe oder die Bereicherungsansprüche des Veräußerers gegen den Erwerber pfänden.

Wird der nichtige oder angefochtene Erwerb jedoch vom Veräußerer und Erwerber bestätigt, oder erneut vorgenommen, so liegt ein gültiger Erwerb und damit die Voraussetzung des § 25 I vor.

2. Die Firma wird nicht fortgeführt.

Führt der Erwerber das Geschäft fort, ohne die Firma beizubehalten, sei es, daß er eine andere Firma führt, sei es, daß der Veräußerer als Minderkaufmann keine Firma hatte, so haftet er an sich nicht für die alten Verbindlichkeiten.

a) Die Haftung aus besonderem Verpflichtungsgrund.

Der Erwerber haftet nur dann, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. § 25 III HGB.

Als besonderer Verpflichtungsgrund kann in Betracht kommen:

I. Die echte Schuldübernahme. Hierüber ist das Erforderliche bereits oben gesagt. Vgl. S. 9, 10. Zu beachten ist hierbei, daß im Falle des § 415 BGB. die Genehmigung des Gläubi-

gers nicht schon im Schweigen auf die Mitteilung der vereinbarten Passivenübernahme liegt, auch noch nicht darin, daß er den Erwerber in Anspruch nimmt. Die Genehmigung des Gläubigers muß sich zweifelsfrei ergeben.

II. Ein besonderer Verpflichtungsgrund aus Vertrag liegt dann vor, wenn der Erwerber und der Veräußerer durch Vertrag zugunsten Dritter entgegen der Vermutung des § 329 BGB. vereinbart haben, daß die Gläubiger unmittelbar das Recht erhalten sollen, Befriedigung vom Erwerber zu verlangen. Eine derartige Abmachung dürfte jedoch äußerst selten vorliegen.

III. Die Haftung auf Grund des § 419 BGB. (Hierüber siehe unten S. 24 ff.)

IV. Als besonderen Verpflichtungsgrund nennt der § 25 III insbesondere den Fall, daß „die Uebernahme der Passiven in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist." Der Rechtsgrund der Haftung ist hier nicht die Uebernahme der Verbindlichkeiten durch den Erwerber gegenüber dem Veräußerer, sondern die Bekanntmachung in handelsüblicher Weise. Diese stellt eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Sie ist demnach auch nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar. Bekanntmachung in handelsüblicher Form liegt vor bei Zeitungsanzeige, Anschlag an der Börse — unter Umständen auch im Geschäftslokal —, und Versendung von Zirkularen an die Gläubiger. Wenn einzelne Gläubiger dabei übergangen sind, so haftet der Erwerber diesen dennoch, wenn aus den Zirkularen hervorgeht, daß der Erwerber alle Schulden übernehmen wollte. Wenn die Zirkulare nur an einzelne Gläubiger versandt werden, und sich aus ihnen ergibt, daß nur die Schulden dieser Gläubiger übernommen werden sollten, so haftet der Erwerber auch nur diesen Gläubigern. Auch in der Veröffentlichung der Bilanz, in der die alten Verbindlichkeiten als Passiven aufgenommen sind, ist ein Verpflichtungsgrund gemäß § 25 II zu erblicken[38]). Ebenso in der Anmeldung der Schuldübernahme zum Zweck der Eintragung zum Handelsregister[39]).

Will der Erwerber die Haftung für einzelne Schulden ausschließen, so kann er dies entweder so machen, daß er in der Bekanntmachung die übernommenen Verbindlichkeiten klar und unzweideutig umgrenzt, oder daß er den Gläubigern, deren Forderungen er nicht befriedigen will, spätestens zugleich mit der Bekanntmachung der Uebernahme dieses mitteilt.

38) RG. in J.W. 96, 36[30] und in D.J.Z. 96, 57[10].

39) RG. 8, 64; Bolze, 16, Nr. 314, 316.

b) Die Anwendbarkeit des § 419 BGB.

Es erhebt sich die Frage: Ist bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts auch der § 419 BGB. anzuwenden, der an die vertragliche Uebernahme eines Vermögens die unabdingbare, aber auf den Bestand des Vermögens beschränkte Haftung für alle gegen den alten Eigentümer des Vermögens bestehenden Ansprüche knüpft? — Beide Vorschriften, § 25 HGB. und § 419 BGB., decken sich nicht und schließen sich nicht aus. Demnach ist § 419 BGB. stets dann neben dem § 25 HGB. anzuwenden, wenn das übertragene Handelsgeschäft das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt, von einzelnen im Verhältnis zum Werte des ganzen Vermögens unbedeutenden Gegenständen abgesehen[40]). Dies kann bei Einzelkaufleuten der Fall sein, wird aber bei den Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit die Regel bilden[41]); denn bei einem Einzelkaufmann wird das Geschäftsvermögen meist sein Vermögen nicht vollkommen erschöpfen, während das Vermögen einer juristischen Person regelmäßig identisch ist mit ihrem geschäftlichen Zweckvermögen.

Die Folge, wenn das Geschäftsvermögen das gesamte Vermögen des Veräußerers darstellt, ist, daß

1. wenn § 25 HGB. unanwendbar ist, sei es, daß es sich um das Geschäft eines Minderkaufmanns handelt, sei es, daß die Firma nicht fortgeführt wird, § 419 anwendbar ist. Der Erwerber haftet also dann trotzdem, ohne daß er diese Haftung ausschließen könnte, für alle begründeten Verbindlichkeiten des Veräußerers; also im Gegensatz zu § 25 HGB. auch für die Privatschulden. Allerdings beschränkt sich seine Haftung dann „auf den Bestand des Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche" (§ 419 II BGB.).

2. Wenn § 25 HGB. anwendbar ist, § 419 BGB. daneben anzuwenden ist; d. h. also, daß der Erwerber auch für die Privatschulden des Veräußerers haftet, allerdings mit der Maßgabe des § 419 II BGB., jedoch ohne daß er diese Haftung auszuschließen vermöchte[42]). Eine abweichende Vereinbarung im Sinne eines

40) H.M. vgl. u.a. RG. 69, 290; 71, 378; 92, 85. Pisko, § 34 S. 249; Dür.-Hach., § 25 Anm. 29b aa; Warneyer, S. 797; Staudinger, § 419, III.

41) RG. 71, 378; RGRKomm. § 419, 4; Warneyer, S. 797.

42) H.M.; a.M. Beyersdorff, S. 87; Daß der Erwerber eines Unternehmens bei den schwereren Voraussetzungen des § 419 BGB. von der unbeschränkten Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten befreit sein sollte, vermag B. allerdings nicht befriedigend zu begründen.

Ausschlusses der Haftung gemäß § 25 II HGB. würde nur die Wirkung haben, daß die persönliche Haftung des Erwerbers ausgeschlossen wird. Die Haftung mit dem übernommenen Vermögen für alle Verbindlichkeiten des Veräußerers vermag der Erwerber gemäß § 419 III BGB. nicht auszuschließen, es sei denn durch Vereinbarung mit dem Gläubiger.

Entgegen der herrschenden Meinung wollen nun Otto von Gierke[43]), Julius von Gierke[44]) und Hellwig[45]), den § 419 BGB. stets dann anwenden, wenn ein Unternehmen mit Geschäftsvermögen veräußert wird[46]); und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäftsvermögen tatsächlich das ganze oder fast das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt, ja ohne Rücksicht auf den Wert des Geschäftsvermögens im Verhältnis zum Werte des Gesamtvermögens.

Otto v. Gierke begründet die Anwendung des § 419 BGB. auf alle Fälle der Veräußerung eines Handelsgeschäfts mit Geschäftsvermögen folgendermaßen: Auch wenn das Geschäftsvermögen nur einen Teil des Gesamtvermögens eines Kaufmannes darstelle, sei es doch ein Sondervermögen, und § 419 sei auch auf Sondervermögen anzuwenden. Es sei ein „besonders dringendes Postulat des Rechtsbewußtseins, daß die Geschäftsgläubiger sich wegen der Geschäftsschulden unbedingt an das Geschäftsvermögen in der Hand jedes Geschäftsnachfolgers halten und nicht durch dessen Veräußerung ohne die Passiven willkürlich ihres Zugriffsrechts beraubt werden können". Der § 25 HGB. setze diese unabdingbare Haftung mit dem übernommenen Vermögen aus § 419 BGB. als selbstverständlich voraus und knüpfe nur darüber hinaus an das Fortführen der Firma eine persönliche Haftung, die zu der bereits durch § 419 BGB. aufgestellten Sachhaftung hinzutreten. Diese persönliche Haftung könne allerdings gemäß § 25 II HGB. ausgeschlossen werden, nicht aber die Haftung aus § 419 BGB. Diese Auslegung werde auch durch den Wortlaut des § 25 GBH. gestützt, der nie von einem Uebergange, sondern nur von einer „Haftung" spreche. Den gleichen Standpunkt nehmen Julius v. Gierke und Hellwig ein.

So berechtigt diese Lehre de lege ferenda sein mag, ist sie doch de lege lata abzulehnen und wird auch von der herrschenden Meinung in Wissenschaft und Praxis abgelehnt.

43) Seite 240 ff.
44) § 15, I 3a γ.
45) § 61.
46) So auch Elster, Geschäftsübernahme, S. 816.

Das Vermögen eines Einzelkaufmanns ist kein Sondervermögen, sondern nur ein Teil seines Gesamtvermögens. Die charakteristischen Merkmale eines Sondervermögens: Surrogation, Möglichkeit von Rechtsbeziehung zwischen Hauptvermögen und Sondergut und spezielle Zweckbestimmung[47]) fehlen beim Geschäftsvermögen des Kaufmanns. Es fehlt vor allem an einer rechtlichen Trennung zwischen Geschäftsvermögen und dem sonstigen Vermögen; nicht das Geschäftsvermögen unterliegt dem Zugriff der Gläubiger, sondern das gesamte Vermögen des Kaufmanns, das auch den Privatgläubigern in gleichem Maße Befriedigung zu gewähren bestimmt ist. Wenn der Kaufmann auch buchmäßig sein Geschäftsvermögen gesondert behandeln wird, so hat dies doch Dritten gegenüber keine Bedeutung. Es mag tatsächlich abgesondert sein, rechtlich ist das Geschäftsvermögen nicht gesondert. Im Konkurse werden die Geschäftsgläubiger nicht abgesondert aus dem Geschäftsvermögen befriedigt; es gibt auch keinen Konkurs des Geschäftsvermögens[48]).

Vor allem aber gilt § 419 BGB. nicht für Sondervermögen. Eine direkte Anwendung verbietet der Wortlaut. Eine analoge Anwendung verbietet der singuläre Charakter der Vorschrift[49]).

Daß das Vorhandensein des § 25 HGB. an sich gegen die Anwendbarkeit des § 419 BGB. spreche, daß also der § 25 als lex specialis den § 419 ausschließe, wie Beyers/dorff[50]) behauptet, ist nicht richtig. § 25 HGB. ist eine Vorschrift des Firmenrechts im HGB. Das HGB. schließt aber die Anwendbarkeit der Normen des BGB. nicht aus (Art. 2 EGHGB.), sondern ergänzt sie nur. Wenn der Gesetzgeber des HGB., wie Gierke behauptet, der Ansicht gewesen wäre, der § 419 BGB. komme bei jeder Geschäftsveräußerung zur Anwendung, so hätte er dies, wenn nicht im Gesetze selbst, so doch wenigstens in der Denkschrift oder in den Beratungen zum Ausdruck gebracht. Aber

47) v. Tuhr, § 20 Anm. 4a.

48) Pisko, § 21 S. 206.

49) Vgl. Reichel, S. 96: „Dergleichen ... onerose Sätze zwingenden Rechts, die unbekümmert um den widerstrebenden Parteiwillen Geltung beanspruchen, sind einer Verallgemeinerung im Analogiewege nicht zugänglich." Und OLG. Bamberg in Seuff. Arch. Bd. 60 S. 5: „Es ist immerhin eine Sondervorschrift, bei deren Auslegung nicht ausdehnend vorgegangen werden kann ... Die Vorschrift ist an sich nicht dazu da, um die sonst erforderliche Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung zu erübrigen."

50) Seite 85.

daß der Gesetzgeber des HGB. nicht an die Auslegung der Vorschriften des BGB. gedacht hat, schließt deren Anwendung noch nicht aus.

Allein die Auslegung des § 419 BGB. ergibt, daß er nicht bei jeder Geschäftsveräußerung sondern nur dann angewandt werden kann, wenn das Geschäftsvermögen zugleich das Vermögen des Veräußerers im wesentlichen ausmacht. Daß das Wort „ganze" im § 419 BGB. nicht aufgenommen ist, hat nur den Zweck, auch die Fälle zu erfassen, bei denen im Verhältnis zum veräußerten Vermögen bedeutungslose Gegenstände dem Veräußerer verbleiben, wie dies auch regelmäßig der Fall sein wird. Denn Kleidungsstücke und wenigstens einzelne Möbel wird der Veräußerer eines Vermögens in der Regel behalten. Nicht aber sollte durch Fortlassung des Wortes „ganze" eine derartig weite Auslegung ermöglicht werden. Der Sinn des § 419 BGB. ist der, daß derjenige, der das Vermögen eines anderen im wesentlichen übernimmt, auch dessen Schulden übernehmen soll. Wollte man diese Vorschrift bei Veräußerung eines tatsächlich abgesonderten Teiles oder auch eines rechtlich abgesonderten Teiles, um den es sich hier jedoch nicht handelt, entsprechend anwenden, so wären die Grenzen einer solchen entsprechenden Anwendung nicht abzusehen. Man könnte dann bei jeder Veräußerung eines irgendwie bedeutenden Vermögensstückes den § 419 BGB. anwenden, auch wenn dieses Vermögensstück den Wert des Gesamtvermögens nicht im wesentlichen erschöpft. Denn Gierke stellt es ja auch nicht einmal darauf ab, wie groß der Wert des Geschäftsvermögens im Verhältnis zu dem des Gesamtvermögens ist. Wenn also jemand, der eine ganze Reihe von Grundstücken besitzt, eins davon verkaufte, so könnte man, wenn er die Verwaltung der einzelnen Grundstücke buchmäßig getrennt hätte, dem Käufer dieses Grundstücks die Haftung für die gesamten Schulden des Verkäufers aufbürden. Eine derartige Auslegung verstößt offenbar gegen den Sinn der Vorschrift des § 419 BGB.

Auch wenn das Geschäft einer oHG. oder Kommanditgesellschaft veräußert wird, findet § 419 BGB. keine Anwendung, es sei denn, daß die Vermögen der Gesellschaft mitveräußert werden oder daß die Gesellschafter außer dem Geschäftsvermögen keinerlei sonstiges irgendwie bedeutendes Vermögen haben[51]).

---

51) Siehe RG. in J.W. 1910, 242[30] und bei Warneyer, 1917 Nr. 270, RGRKomm. § 419 I; a. M. Lehmann-Ring, § 25 Nr. 10.

Denn nicht die Gesellschaft als solche veräußert ihr Geschäftsvermögen, sondern die Gesellschafter veräußern das ihnen gemeinsam gehörende Geschäft. Trotz der weitgehenden Annäherung der oHG. an die juristische Persönlichkeit tritt diese Seite der oHG. gerade hier zurück und es zeigt sich die gesellschaftliche Seite. Während bei einer juristischen Person die Mitglieder nie persönlich haften, sondern nur die juristische Person, haften bei der oHG. in erster Linie die Gesellschafter persönlich. Der gesetzgeberische Grund des § 419, daß der, der von einem anderen dessen Vermögen übernimmt, auch für dessen Schulden haftet, liegt hier nicht vor, sondern eine Mehrzahl von Personen veräußert zusammen ein diesen gemeinschaftlich gehörendes Geschäft und behält dabei ihr Vermögen im wesentlichen. Sie haften auch weiter wie bisher für die Schulden der oHG.

Die abweichende Meinung, daß das Geschäft der Gesellschaft als Vermögensmasse eine selbständige Bedeutung besitze, und deshalb bei der Veräußerung des Geschäfts der oHG. § 419 stets Anwendung finde, ist nicht richtig. Es kommt nicht auf die selbständige Bedeutung der Vermögensmasse an, sondern darauf, ob diese Vermögensmasse das ganze Vermögen einer Person im wesentlichen bildet oder nicht[52]). Und das ist hier bei den Gesellschaftern der oHG. nicht der Fall und die oHG., wie oben gezeigt, in diesem Falle keine Person.

Daß der bestehende Rechtszustand nicht glücklich zu nennen ist, und für die Geschäftsgläubiger eine schwere Belastung darstellt, mag ohne weiteres zugegeben werden. Denn abgesehen von den oben genannten seltenen Fällen, bei denen der § 419 BGB. anwendbar ist, liegt es doch im Belieben der Parteien, nämlich des Veräußerers und des Erwerbers, ohne Mitwirkung der Gläubiger die Haftung des Erwerbers für die alten Verbindlichkeiten des Geschäfts auszuschließen; sei es, daß der Erwerber auf die Fortführung der Firma verzichtet, sei es, daß der Uebergang der Passiven gemäß § 25 II ausgeschlossen wird. Trotzdem kann man aber nicht den Willen des Gesetzgebers derartig beugen, daß er in sein Gegenteil verkehrt wird, und eine Haftung konstruieren, die der Gesetzgeber nicht gewollt hat.

---

52) Siehe auch Staub, § 22 Anm. 20.

3. Die Geschäftsverbindlichkeiten, für die der Erwerber haftet.

Unter den bereits besprochenen Voraussetzungen haftet der Erwerber des Unternehmens „für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers". Er wird Gesamtschuldner der Verbindlichkeiten.

Der Begriff der „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" ist identisch mit dem Begriff „Geschäftsverbindlichkeiten"[53]). Im § 25 III HGB. besagt das Wort „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" das gleiche. Geschäftsverbindlichkeiten sind alle die Verpflichtungen, „welche mit dem Geschäftsbetrieb in einem solchen engen inneren Verhältnis stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen"[54]). Die Geschäftsverbindlichkeiten sind abzugrenzen von den privaten Verbindlichkeiten des Veräußerers, z. B. Miete für die Wohnung, Lohn für das Hauspersonal, Kaufpreis für private Anschaffungen, familienrechtliche Verpflichtungen, Nachlaßschulden aus angefallenen Erbschaften usw. Für diese Privatschulden des Veräußerers haftet der Erwerber aus Handelsrecht nicht, sondern nur bei Vorliegen des § 419 BGB.

Die Geschäftsverbindlichkeiten können auf Rechtsgeschäft oder unmittelbar auf Gesetz beruhen. Bei den rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten gilt im Verhältnis zu den Gläubigern die Vermutung des § 344 HGB.[55]). Nach § 344 I gelten alle von dem Veräußerer vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgeschäftes gehörig. Den bestreitenden Erwerber trifft deshalb bei allen Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Veräußerers die Beweislast dafür, daß es sich nicht um Geschäfts-, sondern um Privatschulden des Veräußerers handelt[56]).

Nach § 344 II kann der Erwerber bei Schuldscheinen des Veräußerers nur aus der Urkunde den Nachweis führen, daß sie

---

53) RG. 58, 23, a. M. Cohn, S. 53.

54) RG. 15, 54.

55) RG. 59, 216 und 260; 102, 345. Hat der Veräußerer mehrere Handelsgeschäfte und der Erwerber nur eins davon erworben, so muß der Gläubiger beweisen, daß die Geschäftsverbindlichkeit sich gerade auf dieses vom Erwerber übernommene Geschäft bezog. Die Verbindlichkeit des einen Geschäfts wird nicht zur Verbindlichkeit aller Geschäfte, weil der Inhaber aller Geschäfte persönlich haftet. RG. im „Recht" 1907, 1473 [3699].

56) Dür.-Hach., § 25 Anm. 21.

nicht im Betriebe des Handelsgeschäfts gezeichnet seien. Ein Anhaltspunkt dafür, daß es sich um Geschäftsverbindlichkeiten handelt, wird meistens in der Eintragung in die Handelsbücher liegen; doch wird eine Geschäftsverbindlichkeit nicht dadurch zu einer Privatschuld des Veräußerers, daß sie nicht eingetragen ist[57]).

Zu den Geschäftsverbindlichkeiten gehören auch die zum Erwerbe eines Handelsgeschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten[58]); denn sie sind Vorbereitungsgeschäfte, die als Geschäftsverbindlichkeiten zu betrachten sind. „Denn sie hängen mit dem Betriebe so wesentlich zusammen, daß ohne sie von einem Geschäftsbetrieb nicht die Rede sein kann[59])." Auch die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters gehört hierher und ist im Zweifel nicht Privat-, sondern Geschäftsverbindlichkeit[60]).

Ein Uebergang der Geschäftsschulden ist nur möglich, soweit die Natur des Schuldverhältnisses dieses gestattet. Bei Geschäftsverbindlichkeiten, die an die Person des Schuldners geknüpft sind, also bei unvertretbaren Individualleistungen, z. B. Anfertigung eines Kunstwerkes, persönlichen Dienstleistungen (§ 613 BGB.), ist ein Uebergang, also die Entstehung eines Gesamtschuldverhältnisses begrifflich nicht möglich. Hier kann nur der Veräußerer als der ursprüngliche Schuldner die vertragsgemäße Leistung ohne Veränderung ihres Inhalts erbringen, jedoch haften der Erwerber und der Veräußerer gesamtschuldnerisch für das Interesse[61]). Der entgegenstehenden Meinung von Ritter, daß der Erwerber nicht dafür hafte, daß der Veräußerer leiste, kann nicht beigetreten werden. Gerade hier wird das Wort „haftet" im § 25 bedeutsam. Auch eine unvertretbare Individualleistung, zu der der Veräußerer sich im Betriebe seines Geschäfts verpflichtet hat, ist eine Geschäftsverbindlichkeit, und für Geschäftsverbindlichkeiten haftet der Erwerber. In der Regel entsteht zwar durch die Erwerberhaftung ein Gesamtschuldverhältnis. Daß dies hier begrifflich für die Leistung nicht möglich ist, daß sich hier also die Haftung anders

---

57) ROHG. VIII, 41, 385.

58) RG. in ständiger Rechtsprechung. Vgl. J.W. 1908, 206[27]; 1910, 758[26]; 1912, 1107[10]; a. M. Brand, § 25 IIc 5. Abschnitt; Cohn, S. 53.

59) RG. in J.W. 1908, 207[27].

60) RG. 102, 244.

61) Pisko, S. 262; Lehmann-Ring, § 25 Nr. 8; a. M. Ritter, § 25 Nr. 4.

gestaltet, kann diese Haftung nicht ausschließen. Man kann nicht deshalb einem Rechtssatze die Anwendung versagen, weil die übliche Konstruktion nicht ganz paßt. Für das Interesse haften der Veräußerer und der Erwerber als Gesamtschuldner. Diese Haftung für das Interesse läßt sich auch dadurch begründen, daß der Schadensersatzanspruch als bedingter Anspruch zugleich mit dem Leistungsanspruch entsteht, so daß der Erwerber diese Verbindlichkeit mit übernimmt.

Auch auf Unterlassungsverbindlichkeiten ist die Gesamtschuld begrifflich nicht anzuwenden. Verpflichtung des Veräußerers und des Erwerbers zur Unterlassung würde dem Gläubiger zwei Leistungen statt einer verschaffen. Wollte man jedoch sagen, daß der Vertrag schon dann erfüllt sei, wenn der Veräußerer oder der Erwerber unterläßt, so würde der Gläubiger seinen Anspruch verlieren. Hier ist zu unterscheiden: bezog sich die Unterlassungsverbindlichkeit gerade auf eine im Betriebe des Geschäfts vorzunehmende Handlung, z. B., eine bestimmte Firma nicht zu führen, bestimmte Waren nicht zu verkaufen, so ist der Erwerber als Inhaber des Geschäfts allein zur Unterlassung verpflichtet.

Bezog sich die Unterlassungsverbindlichkeit dagegen gerade auf eine vom Veräußerer persönlich vorzunehmende Handlung, z. B. keine persönlichen Geschäftsreisen nach einem bestimmten Ort zu unternehmen, so bleibt der Veräußerer alleiniger Schuldner und ist allein zur Unterlassung verpflichtet, soweit die Verpflichtung nicht schon durch die Veräußerung hinfällig wird. In beiden Fällen haften jedoch der Veräußerer und der Erwerber dem Gläubiger als Gesamtschuldner für das Interesse[62]). Auch hier entsteht zugleich mit der Unterlassungsverbindlichkeit die bedingte Schadensersatzverbindlichkeit, die stets mit übergeht.

Auch die Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen des Veräußerers oder seiner Angestellten, soweit der Veräußerer dafür verantwortlich war, gehen über. Der Erwerber kann nicht einwenden, der Geschäftsbetrieb sei nicht auf betrügerische oder überhaupt auf unerlaubte Handlungen gerichtet[63]).

---

62) So Pisko, S. 263; Brand, § 25, IIc, 4. Abschnitt; z. T. a. M. Ritter, § 25 Nr. 4.

63) RG. in J.W. 83, 228[27].

B. Die Forthaftung des Veräußerers und ihre Grenzen.

I. Die Forthaftung des Veräußerers.

Dadurch, daß der Erwerber des Unternehmens für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftet, sei es auf Grund des § 25 HGB. oder des § 419 BGB., wird der Geschäftsveräußerer den Gläubigern gegenüber nicht befreit. Die Forthaftung des Veräußerers wird weder im § 25 noch im § 26 HGB. geregelt. Jedoch wird diese Forthaftung als selbstverständlich vorausgesetzt im § 26 HGB., der die Verjährung zugunsten des Veräußerers abkürzt. Wer auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder auf Grund Gesetzes Schuldner geworden ist, bleibt Schuldner, wenn er nicht durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft aus dieser Schuld entlassen wird. Das Gesetz entläßt den Veräußerer hier nicht aus seinen Verbindlichkeiten. Ob und inwieweit der Veräußerer durch das Verhalten des Gläubigers aus seiner Schuld entlassen wird, ist in einem besonderen Abschnitt zu erörtern.

Demnach bleibt der Veräußerer Schuldner aller seiner im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten[64]). Seine Privatschulden werden durch die Geschäftsveräußerung überhaupt nicht berührt. Hinsichtlich seiner Geschäftsverbindlichkeiten tritt ihm nur der Erwerber als neuer Schuldner zur Seite. Beide haften nunmehr, wie oben gezeigt, als Gesamtschuldner fort.

Der Kreis der früheren Geschäftsverbindlichkeiten, für die der Veräußerer weiter haftet, ist der gleiche wie der, der „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten", für die der Erwerber haftet. Hierüber siehe oben S. 29. Die Abgrenzung der früheren Verbindlichkeiten des Veräußerers von den neu eingegangenen Verbindlichkeiten des Erwerbers, für die der Veräußerer selbstverständlich nicht haftet, kann Schwierigkeiten machen. Bei einseitigen Verpflichtungen oder bei gegenseitigen Verträgen, die von der Gegenseite bereits erfüllt sind, wird man stets eindeutig erkennen können, ob die Schuld vom früheren Inhaber begründet ist oder nicht. Wenn Rückzahlung eines Darlehns oder Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Ware verlangt wird, so ist es selbstverständlich, daß es sich um Schulden des Veräußerers handelt, wenn er das Darlehn erhalten, die Ware geliefert bekommen hat.

64) RG. 76, 10.

Aber auch dann, wenn der gegenseitige Vertrag bei Veräußerung des Unternehmens noch nicht von der Gegenseite erfüllt ist, geht zwar das Recht auf die Leistung aus diesem Vertrag bei der Veräußerung mit Aktiven auf den Erwerber über — bei Firmenfortführung mit Einwilligung des Veräußerers wird dies sogar vermutet (§ 25 I S. 2) — jedoch kann sich der Gläubiger trotzdem wegen der Gegenleistung an den Veräußerer halten. Die Verbindlichkeit zu dieser Gegenleistung ist bereits durch den Vertragsabschluß „begründet". Darauf, daß die Schuld fällig wäre, kommt es nicht an. Der Gläubiger gibt seinen Anspruch gegen den Veräußerer dadurch, daß er an den Erwerber leistet, nicht auf, da er ja an den Erwerber sogar leisten muß[65]). Der Veräußerer ist der Schuldner aus diesen Verträgen geworden und bleibt auch Schuldner.

II. Die Grenzen der Haftung des Veräußerers.

Die Frage nach der Beendigung der Haftung des Veräußerers kann Schwierigkeiten bereiten.

Das Reichsgericht hat sich wiederholt mit diesen Fragen im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft beschäftigt. Auch der Aufsatz von Nospatt[66]) behandelt diese Frage. Das Rechtsverhältnis des ausgeschiedenen Gesellschafters hinsichtlich der laufenden Verträge der Gesellschaft hat zwar gewisse Aehnlichkeit mit dem hier behandelten Fall des Veräußerers eines Handelsunternehmens insofern, als hier wie dort die Frage nach der Forthaftung gestellt ist; allein die Unterschiede zwischen beiden Fällen sind doch so schwerwiegend, daß von den dort gewonnenen Erkenntnissen hier nur wenig mit Nutzen zu verwerten ist. Als Unterschiede sind vor allem zu beachten:

Bei der oHG. ist Schuldner aus den Verträgen stets die Gesamtheit der Gesellschafter, die oHG. gewesen; obwohl diese nicht juristische Person ist, so kann sie doch vermöge ihrer Zwitternatur gemäß § 124 HGB. Verbindlichkeiten unter ihrer Firma eingehen. Der ausscheidende Gesellschafter ist also nicht identisch mit dem, der den Vertrag als Schuldner abgeschlossen hat,

65) So auch RG. 31, 47.

66) Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für vertragliche Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft. Im Bankarchiv, Bd. 30 S. 305 ff.

während bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts der Veräußerer — ob Einzelkaufmann oder Gesellschaft — auch derjenige ist, der sich im Vertrage verpflichtet hat.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß der Erwerber eines Geschäfts und der Veräußerer, der alte Inhaber, völlig verschiedene Personen sind, während die oHG. vor Ausscheiden des Gesellschafters und die fortgesetzte Gesellschaft nach dessen Ausscheiden nach allgemeiner Anschauung rechtlich identisch sind. Während der Erwerber nur in den besonders gesetzlich bestimmten Fällen für die alten Verbindlichkeiten des Veräußerers haftet, bleibt die oHG. stets Schuldnerin ihrer alten eigenen Verpflichtungen.

Schließlich liegt noch ein bedeutsamer Unterschied besonders für den Geschäftsgläubiger darin, daß er in dem Erwerber des Unternehmens, wenn dieser haftet, einen neuen Schuldner hinzubekommt, während bei der oHG. durch das Ausscheiden eines Gesellschafters sich nur die Stellung von mehreren Schuldnern zueinander ändert.

Zusammenfassen kann man den Unterschied noch dahin: bei der oHG. fällt einer von mehreren Inhabern des Unternehmens fort, und haftet kraft Sonderbestimmung weiter; bei der Veräußerung des Unternehmens findet ein völliger Wechsel in der Inhaberschaft statt, und der neue Inhaber übernimmt die Haftung.

1. Enthaftung des Veräußerers durch Kreditgewährung dem Erwerber gegenüber.

Der Veräußerer haftet den Gläubigern für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten weiter, ohne selbst in der Regel irgend einen Einfluß auf die Führung des Geschäfts zu haben. Bei schlechter Geschäftsführung des Erwerbers wird seine Haftung besonders leicht praktisch. Darin liegt allerdings zugleich auch ein Schutz für die Gläubiger. Denn der Veräußerer wird deshalb sehen, einen zuverlässigen Kaufmann als Nachfolger zu finden, um nicht infolge schlechter Geschäftsführung des Erwerbers von den Gläubigern in Anspruch genommen zu werden.

Während der Erwerber die Möglichkeit hat, durch Eintragung ins Handelsregister oder Mitteilung an die Geschäftsgläubiger die Haftung für die alten Schulden abzuwenden, kann sich der Veräußerer der Haftung für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten nicht einseitig entäußern; abgesehen von der privativen Schuldübernahme, die aber eine Einigung mit den Gläubigern voraussetzt und deshalb, da von deren Willen abhän-

gig, nur äußerst selten in Betracht kommt, gibt es keine Möglichkeit für den Veräußerer, sich davor zu schützen, daß er in Anspruch genommen wird aus Verträgen, die er zwar abgeschlossen hat, die aber nicht ihm, sondern dem Erwerber gegenüber erfüllt worden sind. Solche Geschäfte, besonders Sukzessivlieferungsverträge und andere Wiederkehrschuldverhältnisse, können sich auf eine sehr lange Zeit erstrecken. Die Vermögenslage des Erwerbers, die zur Zeit der Uebernahme des Geschäfts gut war, kann sich stark verschlechtert haben, ohne daß den Veräußerer hierfür die geringste Verantwortung träfe. Trotzdem muß er jetzt haften. Das Rückgriffsrecht, das dem Veräußerer gegen den Erwerber zusteht, kann ihm kaum etwas nützen; denn in der Regel nehmen ihn die Gläubiger erst dann in Anspruch, wenn bei dem Erwerber nichts mehr zu holen ist. Der Veräußerer kann sich auch nur in seltenen Ausnahmefällen dadurch sichern, daß er sich von dem Erwerber Sicherheit geben läßt für die Erfüllung der im Geschäft begründeten Verbindlichkeiten. Bei einem Verlangen auf eine solche Entziehung von Betriebskapital würde er kaum einen Käufer für sein Unternehmen finden; es wäre im höchsten Maße unwirtschaftlich.

Auch die Grundsätze der gesamtschuldnerischen Haftung schützen den Veräußerer nur wenig gegen seine Inanspruchnahme, sondern nur gegen eine weitere ungünstige Beeinflussung der Geschäftsschuld nach der Uebergabe durch Rechtshandlungen des Uebernehmers. Lediglich ungünstige Umstände, wie eine verzugsbegründende Mahnung, schuldhafte Schlecht- oder Nichterfüllung lassen ihn nach § 425 BGB. unberührt, soweit sie nicht in seiner Person eintreten.

Der Veräußerer, der von den Gläubigern in Anspruch genommen wird, wird nun versuchen, durch Einwände diese für ihn äußerst lästige Haftung auszuschließen. Welche Einwände kommen in Betracht und was ist davon zu halten?

Verzicht. Ein Verzicht ist nur möglich als Vertrag, als Erlaßvertrag. Wenn also der Veräußerer behauptet, der Gläubiger habe ihm versprochen, ihn nicht in Anspruch zu nehmen, und er habe dieses Versprechen — z. B. stillschweigend nach § 151 BGB. — angenommen, so ist dieser Einwand schlüssig. Dieser Fall liegt rechtlich einfach, wird aber auch nur selten vorkommen.

Wesentlich häufiger und schwieriger ist der Fall, daß der Veräußerer behauptet, in dem Verhalten des Gläubigers dem Erwerber gegenüber liege ein Verzicht. Da der Verzicht Vertragscharakter hat, ist eine empfangsbedürftige Freigabeerklärung an

den Schuldner, den Veräußerer, erforderlich. In einem Verhalten dem Erwerber gegenüber kann allenfalls eine Freigabeerklärung an den Veräußerer zu Händen des Erwerbers liegen. „Ein allgemeiner Grundsatz über den Abschluß derartiger Befreiungsverträge zu fremdem Recht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht enthalten. Die Einräumung eines Rechts an jedermann zur Entgegennahme einer sofort wirksamen Erlaßerklärung für den Schuldner würde mit dem Vertragscharakter der Schenkung in Widerspruch geraten[67])."

Eine Ermächtigung an den Erwerber zur Entgegennahme von Freigabeerklärungen der Gläubiger wird jedoch regelmäßig dann vorliegen, wenn zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer ein Schuldübernahmevertrag nach § 415 BGB. geschlossen ist; denn nach § 414 BGB. ist der Schuldübernehmer befugt, den Schuldner ohne dessen Mitwirkung durch Vertrag mit dem Gläubiger zu befreien.

Die weitere Frage ist die, ob in dem Verhalten des Gläubigers zum Erwerber eine Freigabeerklärung liegt, ob der Gläubiger den Verzichts*willen* hat.

Das Schweigen des Gläubigers auf die Mitteilung des Erwerbers von der Uebernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven kann keineswegs als Verzicht des Gläubigers gedeutet werden; denn weder liegt in dieser Mitteilung des Erwerbers ein Verzichtsansinnen an den Gläubiger, noch erklärt dieser seinen Verzichtswillen. Auch die Weiterlieferung an den Erwerber durch den Gläubiger stellt für diesen keinen Verzicht auf die Haftung des Veräußerers dar. Durch die Anzeige von der Uebernahme von Aktiven und Passiven wird der Gläubiger lediglich darüber belehrt, daß er in Zukunft Zahlung auch der alten Schulden vom Erwerber verlangen kann, nicht aber, daß bei seinem Schweigen der Veräußerer von seiner Haftung für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten befreit würde. Daß in der Weiterlieferung des Gläubigers an den Erwerber kein Verzicht liegen kann, folgt schon daraus, daß der Gläubiger nach Kenntnis von der Veräußerung bei genehmigter Firmenfortführung des Erwerbers nur noch an diesen liefern *darf*.

Das Verhalten des Gläubigers, der lediglich den zwischen ihm und dem Veräußerer abgeschlossenen Vertrag nunmehr mit dem Erwerber abwickelt, ist also ohne weiteres nicht als Verzicht

---

67) *Lehmann*, Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen, S. 77.

anzusehen. Wie ist es jedoch in dem Falle, wo nachträglich durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Erwerber dieser Vertrag abgeändert wird, indem der Gläubiger dem Erwerber den Kaufpreis stundet, obwohl im Vertrage sofortige Barzahlung vereinbart war, wenn überhaupt der Gläubiger dem Erwerber ein längeres Zahlungsziel als im Vertrage vorgesehen oder als im kaufmännischen Leben üblich, gewährt?

Grundsätzlich ist in einer Kreditierung des Kaufpreises dem Erwerber gegenüber kein Verzicht des Gläubigers zu erblicken. Der Gläubiger, der einem Gesamtschuldner, dem Erwerber entgegenkommt, wird regelmäßig garnicht daran denken, sich dadurch seiner Rechte gegenüber dem anderen Gesamtschuldner zu begeben. „. . . . wer dem einen von zwei Gesamtschuldnern Stundung gewährt, gibt dadurch den Anspruch gegen den anderen nicht auf [68])." „Unentgeltliche Verzichte sind nicht zu unterstellen. Bei ihrer Annahme ist höchste Vorsicht geboten [69])." Nach § 425 I BGB. wirkt auch die Stundung gegenüber einem Gesamtschuldner nicht den anderen Gesamtschuldnern gegenüber. Wenn also die Stundung gegenüber dem einen Gesamtschuldner den anderen nach § 425 BGB. nicht einmal die Einrede der Stundung gewährt, so kann sie erst recht niemals auf Grund der Unterstellung eines Verzichts den Veräußerer völlig von seiner Haftung befreien.

Eine den bisherigen Geschäftsgepflogenheiten widersprechende, vom Vertrage abweichende Kreditierung dem Erwerber gegenüber kann zweifellos die Interessen des Veräußerers schwer verletzen; nämlich stets dann, wenn der Veräußerer infolge der Kreditgewährung an den Erwerber später in Anspruch genommen wird, während bei vertragsgemäßer Abwickelung des Geschäfts seine Haftung niemals praktisch geworden wäre. Allein, seine Lage braucht sich nicht unbedingt durch die Kreditgewährung zu verschlechtern. Wäre vielleicht der Erwerber bei unnachsichtlichem Vorgehen des Gläubigers geschäftlich zusammengebrochen und dadurch die Haftung des Veräußerers erst praktisch geworden, so konnte der Erwerber bei vernünftiger Kreditgewährung sich halten und seine Verpflichtungen erfüllen, so daß gerade durch die Kreditierung der Veräußerer vor Inanspruchnahme geschützt worden ist. Es ist deshalb ein Unterschied zu machen bei der Behandlung dieser Fälle danach, ob durch die Kreditierung die Lage des Veräußerers wesentlich verschlechtert worden ist oder nicht. Würde

68) Staub, § 26 Anm. 1.
69) RG. in J.W. 1913 S. 325.

man in jeder Kreditierung an den Erwerber bereits einen Verzicht erblicken wollen, so zeigte sich die Unhaltbarkeit dieser Fiktion schon darin, daß der eben gemachte Unterschied dabei garnicht zu beachten wäre. Die Annahme der Verzichtsfiktion bringt auch keine sachlich befriedigende Lösung. „Sie bringt den Gläubiger in ein richtiges Dilemma. Stundet er ..., so verliert er dadurch den ausgeschiedenen Gesellschafter — hier: den Veräußerer — als Schuldner; geht er unnachsichtlich vor, so bewirkt er dadurch vielleicht den Zusammenbruch des Unternehmers, der sich bei vernünftiger Kreditgewährung hätte halten und seine Schuld tilgen können. Die gesamtschuldnerische Haftung verfehlt also ihren Zweck, dem Gläubiger bis zur Befriedigung eine doppelte Sicherung zu bieten. Die drohende Annahme des Verzichts wird grundsätzlich den Gläubiger hindern, auf die Interessen des Uebernehmers ... Rücksicht zu nehmen; sie wird ihn nötigen, gegen den Uebernehmer rücksichtslos vorzugehen. Dadurch wird er aber auch die Haftung des Ausgeschiedenen — Veräußerers — auch in solchen Fällen praktisch machen, wo eine vernünftige Kreditgewährung die Gesamtlage des Uebernehmers und damt auch die Aussichten des Ausgeschiedenen — Veräußerers — verbessert hätte[70]." Diese Ausführungen, die Lehmann hier für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters macht, treffen im gleichen Maße auf die Veräußerung eines Unternehmens zu.

Lehmann[71]) weist mit Recht darauf hin, daß der ganze Verzichtsgedanke hier eine Verirrung ist und lediglich den Wegfall der Haftung, der als notwendig empfunden wird, mit der Fiktion des Verzichts erreichen soll.

In Wahrheit handelt es sich hier um ein Problem des gegensätzlichen Verhaltens, nämlich um die Frage, inwieweit der Gläubiger durch die Kreditierung nach Treu und Glauben das Recht verwirkt, den Veräußerer in Anspruch zu nehmen. Das Verdienst, dieses Problem richtig erkannt, ausgebaut und auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters angewandt zu haben, gebührt Heinrich Lehmann.

Er kommt, indem er auf das Institut des „Venire contra factum proprium" und die Einrichtung des „estoppel" im englischen Recht hinweist, dabei zu folgender Formulierung:

„Niemand darf eine Befugnis im Widerspruch mit seinem früheren Verhalten geltend machen:

---

70) Lehmann, a. a. O., S. 72.
71) a. a. O., S. 91.

1. wenn dieses Verhalten nur bei gleichzeitigem Verzicht auf die Befugnis mit dem Gesetz oder den guten Sitten oder Treu und Glauben in Einklang zu bringen war;
2. wenn die nachträgliche Geltungmachung der Befugnis gegen das Gesetz oder die guten Sitten oder Treu und Glauben verstößt.

Ein Verzicht auf die Befugnis ist im ersten Fall nur anzunehmen, wenn das frühere Verhalten von der Verkehrssitte als Anzeichen des Verzichtwillens anerkannt war[72])."

Aus der Anwendung dieser Formel auf das vorliegende Problem ergibt sich: der Gläubiger ist aus den langdauernden Verträgen, die er mit dem Veräußerer geschlossen hat, bei der Abwickelung dieser Vorträge auch mit seinem neuen Vertragspartner, dem Erwerber, verpflichtet, auch das Interesse des Veräußerers an ordnungs- und vertragsmäßiger Abwickelung des Geschäfts zu beachten; dieses Interesse des Veräußerers darf er bei der Abwickelung des Geschäfts nicht in einer Weise mißachten, die im Widerspruch mit dem Gesetz, den guten Sitten oder Treu und Glauben steht. Dies darf selbstverständlich nicht dahin führen, daß der Gläubiger verpflichtet wäre, das Interesse des Veräußerers soweit zu seinem eigenen zu machen, daß seine Interessen in nicht gebotener und gerechtfertigter Weise verletzt würden. Insbesondere hat der Gläubiger ein berechtigtes Interesse, die Zahlungsfähigkeit seines neuen Vertragspartners, des Erwerbers, zu erhalten; dieses Interesse ist gleichlaufend mit dem des Veräußerers; denn solange der Erwerber zahlungsfähig bleibt, wird der Veräußerer nicht haften müssen. Eine maßvolle vernünftige Kreditgewährung, die den Geschäftsgepflogenheiten eines guten Kaufmanns entspricht, wird also den Interessen aller Beteiligten gerecht werden und dem Gläubiger die spätere Inanspruchnahme des Veräußerers nicht verwehren. Anders dagegen, wenn Stundungsfristen bewilligt werden, die über die im Geschäftsverkehr üblichen Zahlungsziele hinausgehen, wenn also z. B. Akzepte mit längerer Laufzeit als der im Verkehr üblichen von 3 Monaten vom Gläubiger angenommen werden, oder wenn die Stundung bewilligt wird, obwohl ein ordentlicher Kaufmann die Gefährdung seines Anspruchs durch jegliches Zögern aus den Umständen erkennen müßte.

Es dürfte demnach folgende Formel eine zutreffende Lösung des Problems in allen Fällen bringen. Die Formel entspricht

---

72) Lehmann, a. a. O., S. 98.

fast wörtlich der, die Lehmann für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aufstellt:

Ein Lieferant, der nach der Veräußerung eines Handelsgeschäfts an den Erwerber einen schwebenden Lieferungsvertrag erfüllt, und dabei ungewöhnlich lange Zahlungsfristen ohne Zuziehung des Veräußerers bewilligt, verwirkt grundsätzlich nach Treu und Glauben das Recht, die Haftung des Veräußerers geltend zu machen; es sei denn, daß er durch die Kreditierung dessen Lage garnicht verschlechtert hat, daß dessen Haftung also bei sofortigem Vorgehen erst recht praktisch geworden wäre.

Diese Formel ist elastisch genug, um in jedem einzelnen Falle unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine billige Entscheidung zu treffen, die dem Interesse des Veräußerers gerecht wird, ohne das berechtigte Interesse des Gläubigers zu verletzen.

2. Die Beendigung der Forthaftung des Veräußerers bei Wiederkehrschuldverhältnissen.

Es möge nun eine Erörterung der Hauptfälle von Wiederkehrschuldverhältnissen und der Beendigung der Haftung des Veräußerers für Verbindlichkeiten aus diesen Verträgen folgen. Es handelt sich dabei vor allem um:

1. Sukzessivlieferungs- und ähnliche Verträge.
2. Miet- und Pachtverträge.

a) Sukzessivlieferungs- und ähnliche Verträge.

Z. B. Verträge auf Lieferung von einer bestimmten Menge einer bestimmten Ware in bestimmten Zeiträumen; also etwa von zehn Faß Bier wöchentlich; oder ein Vertrag mit einem Zeitungsverleger auf Erscheinen einer bestimmten Annonce in jeder Sonntagsnummer.

Hier ist ein Unterschied zu machen zwischen Verträgen, die auf eine bestimmte feste Zeit und solchen, die auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit abgeschlossen sind.

Ist der Vertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, also z. B.: Der Veräußerer V. hat mit dem Gläubiger G. einen Vertrag auf Lieferung von einer Tonne Kohlen wöchentlich vom 1. Januar 1932 bis 31. Dezember 1933 abgeschlossen und sein Unternehmen am 1. Juni 1932 an den Erwerber E. verkauft, dann ist dieser Vertrag wie jeder andere noch nicht erfüllte gegenseitige Vertrag zu behandeln. Es gilt das oben hierzu Gesagte. Die Verpflichtung des V. zur Bezahlung der Kohlen ist

bereits mit Abschluß des Vertrages entstanden, ungeachtet dessen, daß Zeitablauf und die Erbringung der Gegenleistungen — Kohlenlieferungen des G. — hinzukommen müssen, um die einzelnen Beträge fällig werden zu lassen. Es handelt sich demnach um im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten, für die der Veräußerer als Schuldner weiter haftet. Er haftet also für die Bezahlung aller bis zum 31. Dezember 1933 vertragsmäßig gelieferten Kohlen.

Wie nun aber, wenn der oben als Beispiel angenommene Vertrag zwischen V. und G. noch einen Paragraphen etwa folgenden Inhalts enthält: Dieser Vertrag gilt als jeweils um ein halbes Jahr verlängert, wenn er nicht spätestens einen Monat vor Ablauf der Vertragszeit von einem der Vertragsschließenden gekündigt wird. Oder wenn der Vertrag überhaupt nicht auf bestimmte Zeit bis zum 31. Dezember 1933 geschlossen ist, sondern auf unbestimmte Zeit: dieser Vertrag gilt solange, bis er von einem der Vertragsschließenden mit vierteljährlicher Kündigungsfrist gekündigt wird; es kann nur zum Monatsersten gekündigt werden.

Wenn also in diesen Fällen der Vertrag nicht gekündigt würde, sollte dann G. noch nach beliebig langer Zeit, etwa nach 20 Jahren, den V. in Anspruch nehmen können, wenn E. nicht zahlt, ja, sogar ohne diese Voraussetzung, da ja der Veräußerer nicht die Einrede der Vorausklage hat? —

Das Reichsgericht stellt es immer bei der Unterscheidung, ob eine alte oder eine neue Verbindlichkeit vorliegt, auf die Identität des begründenden Rechtsverhältnisses ab. Bei dem Fall eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrages, der sich jeweils um 3 Jahre verlängern sollte, wenn nicht gekündigt würde, hat das Reichsgericht, um ein unbilliges Ergebnis zu vermeiden, folgenden Ausweg eingeschlagen. Es hat gesagt[73]): Der alte Mietvertrag sei nach Ablauf der Zeit erloschen. Die vorgesehene Kündigung sei dazu nicht erforderlich gewesen, sondern hätte nur eine Erklärung dargestellt, daß ein neuer Vertrag auf 3 Jahre nicht geschlossen werden sollte. Die Nichtkündigung dagegen sei als eine stillschweigende Erklärung dahingehend, daß ein neuer Vertrag mit dem gleichen Inhalt wie der alte geschlossen werden sollte, anzusehen. Denn für keine der Mietsparteien habe ein rechtlicher Zwang vorgelegen, den Vertrag nicht zu kündigen. Die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses für die folgende Zeit beruhe

73) RG. 86, 60.

daher nicht auf dem alten, sondern auf dem neuen Vertrage, so daß keine alte Verbindlichkeit vorliege.

Das Reichsgericht hat diese Ausführungen dahin verallgemeinert, daß die Verlängerung eines bestehenden Vertrages nicht auf diesem Vertrage beruhende Verbindlichkeiten begründe[74]).

Diese Begründung des Reichsgerichts ist als unhaltbar konstruiert abzulehnen[75]). In Wirklichkeit sollte der alte Mietvertrag weiterlaufen, wenn er nicht gekündigt würde. Es entsprach nicht dem Parteiwillen, den alten Vertrag als beendet anzusehen und einen neuen gleichen Inhalts zu schließen, sondern die Parteien wollten die Gültigkeit des alten Vertrages verlängern, d. h. sie wollten ihn gerade über seine vorläufig vereinbarte Laufzeit hinaus weiter bestehen lassen, falls sie ihn nicht kündigten. Diese Begründung des Reichsgerichts würde auch nicht die Lösung unseres zweiten Falles, des Vertragsabschlusses auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit bringen können. Denn in diesem Falle würde auch das Reichsgericht nicht leugnen können, daß die Verpflichtungen zur Zahlung auf diesem Vertrage beruhen, da ja dieser Vertrag nie aufgehoben ist. Auf unsere Beispiele angewandt, würde das Reichsgericht im ersten Falle, wenn weder E. noch G. den Vertrag am 30. 11. 33 zum 31. 12. 33 kündigte, den V. nicht für Lieferungen an E. nach dem 31. 12. 33 haften lassen. Wie aber im zweiten Falle, wo der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen war, ein rechtlicher Zwang zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für beide Teile ebensowenig vorlag? — Wenn hier weder E. noch G. den Vertrag kündigten, so würde die Forderung des G. aus Kohlenlieferung an E. noch nach 10 Jahren auf dem alten Vertrage beruhen. Bei folgerichtiger Durchführung der Lehre des Reichsgerichts würde G. sich auch dann noch an den V. halten können, Hieraus ist ersichtlich, daß man zu keinem befriedigenden Ergebnis gelangt, wenn man bei der Unterscheidung, ob alte oder neue Verbindlichkeit, lediglich auf die Identität des begründenden Rechtsverhältnisses abstellt, wie dies das Reichsgericht tut.

Um zu einer Lösung zu gelangen, ist zunächst festzustellen, daß kein grundsätzlicher Unterschied zwischen unseren beiden Beispielen besteht. Ob ein Vertrag für bestimmte Zeit geschlossen ist und sich danach, falls er nicht von einer der Parteien gekündigt wird, jeweils um eine bestimmte Zeitspanne fortsetzt, oder ob

74) RG. 125, 418.
75) So auch Rospatt, a.a.O., S. 311.

der Vertrag von vornherein auf unbestimmte Zeit geschlossen wird, das heißt so lange, bis er von einer der Parteien gekündigt und diese Kündigung wirksam wird, bleibt sich gleich; in beiden Fällen liegt ein Vertrag auf unbestimmte Zeit vor, der durch Kündigung beendet werden kann, nur daß im ersteren Falle die Kündigung nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt zulässig ist. Eine derartige Bestimmung, die die Kündigung erst nach einer bestimmten Zeit zuläßt, findet sich auch oft bei von vornherein auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen (z. B. § 566 BGB.). Wenn ein derartiger auf unbestimmte Zeit geschlossener Vertrag vom Erwerber nicht zum ersten zulässigen Kündigungstermin gekündigt wird, dann entsteht für die Verpflichtungen, die nach dem Termin, zu dem hätte wirksam gekündigt werden können, eine Eigenverbindlichkeit des Erwerbers. Der Erwerber haftet für die Verbindlichkeiten, die nun aus diesem Vertrage entstehen, selbst dann, wenn er nicht für die alten Geschäftsschulden haftet. Es steht in seinem freien Willen, ob er den Vertrag fortsetzen will oder nicht. Kündigt er nicht, so gibt er damit die Erklärung ab, diesen Vertrag von dem eben genannten Zeitpunkte ab als eigenen betrachten und die ihn daraus treffenden Verbindlichkeiten tragen zu wollen. Der Wille, nur die Rechte, nicht aber die Verbindlichkeiten aus dem Vertrage zu übernehmen, würde mit seinem Verhalten in Widerspruch stehen und als gegen Treu und Glauben verstoßend nicht in Betracht kommen. Will der Erwerber nicht die Verbindlichkeiten übernehmen, so mag er kündigen [76]).

Entsprechendes gilt auch für den Gläubiger. Auch für ihn besteht kein rechtlicher Zwang, nicht zu kündigen. Aber er hat auch keinen Anspruch darauf, daß der Vertrag nicht gekündigt wird, da ja auch sein Partner kündigen kann. Kündigt er nicht, obwohl er weiß, daß der Veräußerer nicht mehr Inhaber des Unternehmens ist und der Erwerber an seine Stelle getreten ist, so gibt er damit zu verstehen, daß er sich künftig nur noch an den Erwerber halten will. So muß sein Verhalten nach Treu und Glauben ausgelegt werden. Es liegt auch hier ein Fall des „gegensätzlichen Verhaltens" vor.

Der gleiche Grundsatz, daß nämlich ein Vertragskontrahent nach seinem Ausscheiden für die Erfüllung der Verbindlichkeiten bis zum ersten Zeitpunkte nach seinem Ausscheiden haftet, zu dem

---

76) So auch entsprechend für die Erben: Staudinger, § 1967 II 2a; Planck, § 1967, 6a; Kipp, § 73 Anm. 22; Baer in SeuffBl. f. Rechtsanw. 75, S. 352; a. M. Martin ebenda S. 463.

er wirksam hätte kündigen können, haftet, findet sich auch im Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes [77]).

Eine andere Lösung würde auch schon um dessentwillen unmöglich sein, weil anders die Position des Veräußerers in unvertretbarer Weise verschlechtert würde. Er hat einen Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, um ihn jederzeit lösen zu können. Dadurch, daß er das Unternehmen mit Aktiven und Passiven veräußert, geht auch das Recht auf Kündigung aus diesem Vertrage auf den Erwerber über. Er ist von nun ab der Möglichkeit beraubt, diesen an sich jederzeit lösbaren Vertrag selbst zur Auflösung zu bringen; und trotzdem sollte er daran gebunden bleiben? — Nun könnte er ja selber vor der Veräußerung den Vertrag kündigen, wäre einzuwenden. Aber gerade in den Geschäftsbeziehungen liegt zum großen Teil der Wert des Unternehmens. Denn all das oben Gesagte gilt, ob nun der Veräußerer einen Kaufvertrag oder einen Verkaufsvertrag auf lange Zeit abgeschlossen hat. Auch läge eine Kündigung all dieser Verträge nicht im Interesse der Geschäftsgläubiger; wenn ihnen der Erwerber nicht sicher genug ist, haben sie selbst die Möglichkeit zu kündigen und gehen somit infolge der Veräußerung des Geschäfts kein Risiko ein. Endlich kann der Veräußerer eines Vertrags, der erst nach vier Jahren kündbar ist, nicht schon jetzt kündigen.

Diese Lösung entspricht nicht nur den Bedürfnissen der Praxis, sondern auch dem Willen des Gesetzgebers. Die Rechtslage des Gläubigers soll durch die Veräußerung des Unternehmens nicht verschlechtert werden, soll dadurch aber auch nicht verbessert werden. Bei Verträgen, die weder der Veräußerer noch sein Gegner lösen könnte, wenn das Unternehmen nicht veräußert würde, bleibt der Veräußerer Schuldner. Bei Verträgen dagegen, die der Veräußerer und sein Vertragskontrahent, auch wenn das Geschäft nicht seinen Inhaber wechselte, lösen können, kann der Gegner nicht verlangen, daß der Veräußerer sein Schuldner

77) § 25 des Entwurfs eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, 2. Stück, S. 13 fde. Berlin 1923: „Wird ein Unternehmen veräußert oder aus anderem Rechtsgrunde von einem Dritten fortgeführt, so sind Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel übertragbar und übertragen. Mit den Ansprüchen gegen den Arbeitnehmer gehen auch die Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrage des früheren Arbeitgebers auf den neuen Arbeitgeber über. Für ihre Erfüllung haftet der frühere Arbeitgeber bis zum ersten Zeitpunkte, zu dem der Arbeitnehmer kündigen könnte, wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat."

bleibt, wenn weder der Gläubiger noch der Erwerber den Vertrag kündigen, also ihn untereinander fortsetzen wollen.

All das Gesagte gilt jedoch nur dann, wenn beide Vertragsparteien kündigungsberechtigt sind; und zwar unabhängig davon, ob das Geschäft veräußert wird; es gilt also dann nicht, wenn der Vertrag nur wegen der Geschäftsveräußerung gekündigt werden könnte. Ist nur der Gläubiger kündigungsberechtigt, so hat er einen Anspruch darauf, daß der Vertrag solange erfüllt wird, bis er ihn kündigt. Wollte man ihm zumuten, wegen der Veräußerung zu kündigen, so würde man seine Position verschlechtern. Wenn er nicht kündigt, gibt er damit zu verstehen, daß er den alten Zustand fortsetzen will. Dann sind die Verbindlichkeiten aus diesem Vertrage alte Verbindlichkeiten, für die der Veräußerer weiter haftet.

Ist nur der Veräußerer kündigungsberechtigt, so hat der Gläubiger garnicht die Möglichkeit zu kündigen. Auch hier bleiben demnach die nach der Veräußerung noch fällig werdenden Verbindlichkeiten alte Verbindlichkeiten, für die der Veräußerer weiter haftet. Allerdings entstehen hier für den Erwerber, wenn er das auf ihn übergegangene Kündigungsrecht nicht ausnutzt, Eigenverbindlichkeiten, da für ihn der Fall dann eben so liegt wie oben, wenn beide Vertragskontrahenten kündigen können. Diese, für ihn ungünstige Lage, kann der Veräußerer in diesem Falle nur dadurch abwenden, daß er vor der Veräußerung von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht und seinen Vertragskontrahenten einen neuen Vertragsabschluß mit dem Erwerber empfiehlt. Verträge, bei denen nur ein Partner kündigungsberechtigt ist, sind jedoch äußerst selten.

b) Miet- und Pachtverträge.

In der Regel wird zwar hier eine Nachfolge des Erwerbers kaum in Betracht kommen. Die Rechte aus einem Miet- oder Pachtvertrag sind in der Regel nicht frei übertragbar (§ 549 BGB.). Meist enthält der Mietvertrag auch noch besonders eine derartige Bestimmung. Hat der Veräußerer einen Mietvertrag über Geschäftsräume für eine Zeit abgeschlossen, die über den Zeitpunkt der Veräußerung hinausreicht, so wird mit dem Vermieter unter Aufhebung des alten Vertrages ein neuer Vertrag zu schließen sein, aus dem auch zu ersehen ist, ob und wie lange gegebenenfalls der Veräußerer für die Verpflichtungen des Erwerbers haftet. Kommt dagegen kein neuer Vertrag zustande, sondern teilt der Veräußerer oder der Erwerber dem Vermieter

lediglich mit, das Geschäft sei veräußert und der Erwerber wolle in den Mietvertrag eintreten, so bleibt der Veräußerer allein berechtigt und verpflichtet, wenn der Vermieter die Erlaubnis nicht gewährt. Gewährt der Vermieter die Erlaubnis, so kann darin eine Entlassung des Veräußerers aus seinen Vertragspflichten für die Zeit nach der Veräußerung liegen, nämlich dann, wenn aus der Mitteilung an den Vermieter klar zu ersehen ist, daß die Parteien eine Schuldübernahme gemäß § 415 BGB. gewollt haben, und der Vermieter ohne Vorbehalt sein Einverständnis erklärt. Wenn jedoch der Vermieter lediglich seine Erlaubnis für die Benutzung der Räume durch den Erwerber erklärt, so liegt darin in keiner Weise eine Genehmigung der Schuldübernahme oder ein Verzicht auf die Forthaftung des Veräußerers. Denn eine derartige Genehmigung oder ein Verzicht müssen ganz eindeutig im Willen des Gläubigers gelegen haben und erklärt worden sein. Im letzteren Falle haftet also der Veräußerer für die Mietzahlung während der ganzen Vertragszeit weiter, wenn der Mietvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist.

Enthält der Mietvertrag eine Klausel, nach der er sich nach Ablauf der Mietzeit stillschweigend jeweils um einen bestimmten Zeitraum verlängert, falls nicht eine der Parteien kündigt, oder ist der Vertrag überhaupt auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit geschlossen, so liegt in beiden Fällen ein auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit geschlossener Vertrag vor, für den das oben Gesagte gilt, wenn der Vermieter den Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag genehmigt, ohne den Veräußerer zu entlassen. D. h. der Veräußerer haftet nur für den Mietzins für die Zeit, die er auch selbst an den Vertrag gebunden gewesen wäre, nämlich nur bis zu dem Zeitpunkt, an dem nach der Veräußerung die erst zulässige Kündigung wirksam werden würde.

c) Kreditverträge.

Die Frage, ob der Veräußerer für die Rückzahlung von Krediten haftet, die den Erwerbern gewährt werden auf Grund von Kreditverträgen, die der Veräußerer geschlossen hat, ist zu verneinen. Das Reichsgericht hat bei der offenen Handelsgesellschaft diese Frage behandelt. In dem Fall RG. 4, 81 hatte eine Bank einer oHG. einen laufenden — revolvierenden — Kredit in Höhe von 50 000 Fl. gewährt, in der Weise, daß die Gesellschaft berechtigt war, bis zu dieser Höhe Wechsel auf die Bank zu ziehen, die diese akzeptierte. Vor Verfall hatte die Gesellschaft die Deckung

einzusenden und durfte dann in gleicher Weise neue Wechsel auf die Bank ziehen.. Das Reichsgericht hat die Frage, ob der ausgeschiedene Gesellschafter für Wechsel hafte, die nach seinem Ausscheiden und der Mitteilung hiervon an die Bank von der Gesellschaft gezogen worden waren, verneint, da die Kreditgewährung und nicht das Kreditverhältnis zur Deckung verpflichteten. Rospatt[78]) bekämpft diese Entscheidung.

Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Entscheidung richtig ist. Hier liegt der Fall jedoch grundsätzlich anders als bei einer fortgesetzten oHG. Bei einer oHG. mag die Bank in der Regel trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters an den Vertrag gebunden bleiben; denn die alte Gesellschaft vor und die neue Gesellschaft nach Ausscheiden dieses Gesellschafters sind rechtlich identisch, so daß ein Wechsel der Parteien nicht stattzufinden braucht. Anders, wenn ein Geschäft an einen Dritten veräußert wird. Hatte der Veräußerer einen derartigen Kreditvertrag geschlossen, so kann er die Ansprüche hieraus, nämlich das Recht, Wechsel auf die Bank zu ziehen, die diese zu akzeptieren verpflichtet ist, nicht frei übertragen. Die Bank hat sich nicht verpflichtet, Wechsel des jeweiligen Inhabers der Firma XY. zu akzeptieren, sondern Wechsel des XY. Der Darlehnsvorvertrag ist viel zu sehr auf die Persönlichlichkeit des Darlehnsnehmers abgestellt, als daß man eine freie Uebertragbarkeit des Anspruchs auf Gewährung des versprochenen Darlehns annehmen könnte. Sollte die Bank verpflichtet sein, Wechsel des Erwerbers zu akzeptieren, so läge darin eine Veränderung des Inhalts der Leistung. Gemäß § 399 BGB. ist dieser Anspruch auf Kreditgewährung nicht frei übertragbar. Setzt gleichwohl die Bank nach Kenntnis von dem Inhaberwechsel das Kreditverhältnis mit dem Erwerber in gleicher Weise wie vorher mit dem Veräußerer fort, so ist die Verpflichtung zur Rückzahlung dieses Darlehns nicht eine alte Geschäftsverbindlichkeit, die der Erwerber übernommen hat, sondern es liegt eine Eigenverbindlichkeit des Erwerbers aus einem neuen Kreditvertrag mit der Bank vor, aus der der Veräußerer niemals in Anspruch genommen werden kann.

3. Abgekürzte Verjährungszeit zugunsten des Veräußerers.

Haftet der Erwerber auf Grund des § 25 HGB., so haftet der Veräußerer trotzdem weiter. Die Stellung des Gläubigers ist dadurch wesentlich günstiger geworden, denn er hat nun zum

78) Seite 313.

Veräußerer, seinem ursprünglichen Schuldner, noch den Erwerber als zweiten Schuldner hinzubekommen. Es ist deshalb keine Härte gegenüber den Geschäftsgläubigern, wenn dem Veräußerer die Einrede der Verjährung nach spätestens 5 Jahren zugestanden wird, auch wenn an sich für den Anspruch eine längere Verjährungsfrist gilt.

Demgemäß bestimmt der § 26 HGB.: Haftet der Erwerber auf Grund des § 25 HGB. den Gläubigern, so verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen den Veräußerer spätestens nach 5 Jahren. Die abgekürzte Verjährung auf Grund des § 26 tritt also nur dann ein, wenn der Erwerber haftet, weil er die Firma fortführt, oder weil er die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt gemacht hat; nicht dagegen, wenn er aus einem besonderen Verpflichtungsgrunde des bürgerlichen Rechts, z. B. § 419 BGB., haftet oder auf Grund des § 25 Abs. 2 überhaupt nicht haftet. Gilt nach den allgemeinen Vorschriften eine kürzere Verjährung als 5 Jahre, oder läuft eine längere Frist, die aber schon so weit abgelaufen ist, daß der Rest weniger als 5 Jahre beträgt, so tritt diese frühere Verjährung ein.

Die Verjährung beginnt bei Firmenfortführung am Tage der Eintragung des Erwerbers in das Handelsregister, im Falle der Haftung des Erwerbers auf Grund handelsüblicher Bekanntmachung der Uebernahme der Verbindlichkeiten mit dem Ende des Tages, an dem die Bekanntmachung stattgefunden hat. Die Verjährungsfrist kann demnach für den einzelnen Gläubiger verschieden beginnen, nämlich dann, wenn die Bekanntmachung an die Gläubiger durch Rundschreiben erfolgt ist und diese an verschiedenen Tagen zugegangen sind. Bei Forderungen, die noch nicht fällig sind, beginnt die Frist erst mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit zu laufen.

Ist ein Anspruch gegen den Veräußerer vor der Veräußerung rechtskräftig festgestellt, so tritt an die Stelle der im § 218 BGB. festgesetzten Frist von 30 Jahren eine solche von 5 Jahren. Wird dagegen ein Anspruch gegen den Veräußerer erst nach der Uebernahme unter den Voraussetzungen des § 218 BGB. rechtskräftig festgestellt, so bewendet es bei der Frist von 30 Jahren. Im übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung. Die abgekürzte Verjährung gilt nur zu Gunsten des Veräußerers, nicht des Erwerbers.

Da die Verjährung nur eine Einrede darstellt, und den Anspruch nicht vernichtet, so kann der Erwerber, der die Passiven übernommen hat, wenn der Veräußerer Ausgleichung von ihm

verlangt, sich nicht darauf berufen, daß der Veräußerer Verjährung hätte einwenden können[79]). Nach allgemeiner Ansicht widerspricht es guter kaufmännischer Moral, Verjährung einzuwenden. Der Erwerber kann deshalb Geltendmachung der Verjährung nicht vom Veräußerer verlangen.

Schlußwort.

Die vorliegende Arbeit sollte untersuchen, wann und unter welchen Voraussetzungen bei einer Unternehmensveräußerung der Erwerber für die Verbindlichkeiten haftet, die der Veräußerer im Betriebe seines Geschäfts eingegangen ist, und inwieweit und wie lange der Veräußerer für diese Verbindlichkeiten weiter haftet. Die angestellten Untersuchungen hatten zu zeigen, wie nach dem geltenden deutschen Recht die hierbei auftauchenden Fragen zu lösen sind.

Wenn man nun die gefundenen Ergebnisse daraufhin untersucht, wie weit das geltende Recht den Forderungen entspricht, die man heute an das Recht stellen kann, und wie weit es reformbedürftig ist, so fällt vor allem eins auf: Die Frage, ob und inwieweit der Erwerber eines Geschäfts für die bereits vorhandenen Passiven haften soll, wird ohne Mitwirkung der Gläubiger nach freiem Vertragsrecht allein vom Erwerber und Veräußerer entschieden. Das Gesetz begnügt sich damit, bei Fortführung der Firma die Haftung als Regel aufzustellen, gibt jedoch dem Erwerber die Möglichkeit, auch in diesem Falle die Haftung auszuschließen. Bei Nichtfortführen der Firma haftet der Erwerber also ohne weiteres nicht und bei Fortführung der Firma können Veräußerer und Erwerber den Ausschluß der Haftung vereinbaren und durch Eintragung ins Handelsregister dieser Vereinbarung Wirksamkeit gegen die Gläubiger verschaffen. Der Wert des Geschäfts, der für den Gläubiger bestimmend war, mit dem Veräußerer in Geschäftsbeziehungen zu treten und ihm Kredit zu gewähren, wird seinem Zugriff entzogen. Der Kaufpreis, den der Veräußerer für das Unternehmen erhält, ist bei bösem Willen des Schuldners nur schwer oder garnicht zu erfassen, die Möglichkeiten des Gläubigeranfechtungsgesetzes sind gering. Der Gläu-

79) So auch Staub, § 26 Zusatz 2; Ritter, § 26 Nr. 7; OLG. Frankfurt im „Recht", 1910 Nr. 2071.

biger ist also der Willkür des Veräußerers und des Erwerbers ziemlich schutzlos ausgeliefert.

Allerdings wird meist die Firma fortgeführt werden, weil in ihr oft ein großer Teil des Geschäftswertes liegt; bei Eintragung des Ausschlusses der Haftung werden das Ansehen und die Kreditfähigkeit des Geschäftes leiden, auch werden die Gläubiger sich dann beeilen, ihre Ansprüche durchzusetzen. Ebenso werden sie bei Aenderung des Firmennamens gewarnt sein und die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen den Veräußerer beschleunigen. Aber von der Erhebung eines Anspruchs bis zur Zwangsvollstreckung ist ein weiter Weg, und der böswillige Schuldner kann inzwischen längst den letzten Pfennig beiseite gebracht haben. Auch wird ein Arrest nicht immer helfen können, denn in dem Augenblick, wo der Gläubiger erfährt, daß sein Schuldner sein Geschäft veräußert hat und daß der Erwerber nicht haftet, kann der Veräußerer auch seine Beute längst im sicheren Hafen haben.

Die Gefahren des geltenden Rechtszustandes, die besonders deutlich die Mängel eines liberalen Rechts zeigen, leuchten ein.

Eine eigenartige Lösung hat das französische Recht gefunden. Es gewährt den Gläubigern einen besonderen Schutz. Sie können nach dem Gesetz vom 17. März 1909 nach zweimaliger Bekanntmachung des Verkaufs Widerspruch gegen die Auszahlung des Kaufpreises erheben und Verkauf des Unternehmens in öffentlicher Versteigerung und Befriedigung aus dem Erlös verlangen, wenn ihre Forderungen durch den Kaufpreis nicht voll gedeckt werden. Eine derartige Lösung käme für unser Recht nicht in Betracht.

Eine Lösungsmöglichkeit bestände darin, daß man den Erwerber eines Handelsgeschäfts stets haften ließe, die Haftung jedoch auf den Wert des übernommenen Geschäfts begrenzte; vieles spräche auch dafür, diese Haftung auch auf die Privatschulden des Veräußerers auszudehnen. Es wäre dies dann die Lösung, die Otto v. Gierke schon im geltenden Recht sehen wollte. Daß diese Lösung mit dem geltenden Recht in Widerspruch steht, ist bereits oben dargelegt. Jedoch würde diese Lösung die oben gezeigten Mißstände beseitigen und den Gläubigern wirksamen Schutz gegen böswillige Schuldner gewähren, die, um sich ihren Verpflichtungen zu entziehen, ihr Unternehmen veräußern. Der Erwerber, der weiß, daß er seine Haftung nicht ausschließen kann, wird die Lage des Geschäfts vor dem Erwerb auf das Genaueste prüfen. Er wird, auch wenn er die Schulden nicht übernimmt, trotzdem dafür haften und deshalb vor der Aus-

zahlung des Kaufpreises an den Veräußerer sich darüber Gewißheit zu verschaffen suchen, daß der Veräußerer seine Schulden bezahlt hat. Der Erwerber wird also, indem er sein Interesse wahrt, auch die Interessen der Geschäftsgläubiger schützen. Den Gläubigern aber bleibt der Wert des Geschäfts als Sicherung für ihre Forderungen und Zugriffsobjekt erhalten.

Die vorgeschlagene Lösung, daß der Erwerber zwingend neben dem Veräußerer in Höhe des Wertes des Unternehmens haftet, ist in Oesterreich nach der Dritten Teilnovelle zum ABGB. von 1916 § 1409 geltendes Recht.